

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados**

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)
y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: 122,00 € (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 38,00 € (más gastos de envío).

PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Los *originales*, necesariamente inéditos hasta el momento de su publicación en el Anuario de Derecho Civil, pueden enviarse a Antonio Manuel Morales Moreno, Codirector de la Revista, o a Nieves Fenoy Picón, Secretaria. El envío puede hacerse a sus respectivas direcciones de correo electrónico (antonio.morales@uam.es; nieves.fenoy@uam.es), o a la dirección postal de ambos en la Universidad Autónoma de Madrid (Facultad de Derecho, calle Kelsen, 1, 28049 Madrid). El envío postal incluirá el soporte informático.

Los trabajos recibidos serán sometidos a un proceso de *evaluación*, realizado por especialistas independientes, antes de decidir su publicación. El autor será adecuadamente informado.

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 82 / 83 / 97 / 84

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

C/ Trafalgar, 27. 28010 MADRID

Tel.: 902 365 303

Fax: 91 111 42 60

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXVI, FASCÍCULO III
Julio-septiembre, 2013

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2013

<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.

NIPO (AEBOE): 007-13-013-4
NIPO (M. de Justicia): 051-13-003-7
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid.

Eficacia e ineficacia del autocontrato

JESÚS ESTRUCH ESTRUCH
Catedrático de Derecho civil
Universitat de València

RESUMEN

El trabajo analiza la figura del autocontrato, partiendo de su admisión conceptual. Se concretan los supuestos en los que se produce la figura de la autocontratación en el tráfico jurídico y aquellos otros en los que, pese a no existir propiamente autocontratación (doble o múltiple representación), las consecuencias jurídicas deben ser las mismas. Finalmente, se analizan los casos en los que es válida la actuación del representante incurriendo en autocontratación (negocios gratuitos, cumplimiento de una obligación previa, actos de pura ejecución, negocios reglamentados previamente, autorización del dominus negotii, etc.) y la sanción adecuada ante la realización de un autocontrato no permitido.

PALABRAS CLAVE

Autocontrato. Conflicto de intereses. Representación voluntaria. Representación legal. Autorización para autocontratar. Ratificación.

ABSTRACT

The article analyzes the figure of the self-contracting, admitting it conceptually. Firstly it has been enumerated the cases in which the figure of the self-contracting is produced in the legal traffic and secondly those other cases in which, despite not existing exactly self-contracting (double or multiple representation), the applicable legal consequences should be the same. Finally, they is an study of the cases in which the action of the representative incurring in self-contracting is valid (free business, compliance of a prior obligation, acts of pure execution, business regulated previously, authorization of the dominus negotii, etc.), and the adequate sanction in case of the execution of an self-contracting not permitted.

KEYWORDS

Self-contracting. Conflict of interest. Voluntary representation. Legal representation. Authorization for contracting. Ratification.

SUMARIO¹: I. *El autocontrato en el ordenamiento jurídico.* II. *Aproximación a la idea de conflicto de intereses.* III. *Algunos conflictos de intereses regulados legalmente.* IV. *La admisión conceptual del autocontrato.* V. *Delimitación negativa de los supuestos de autocontratación: La existencia de un único centro de interés.* VI. *Autocontrato en sentido amplio: La doble o múltiple representación.*—1. El supuesto de hecho: El mismo representante contrata en nombre de dos o más representados.—2. La doble o múltiple representación de los padres.—3. La vinculación indirecta de los patrimonios de los representados realizada por el representante común. VII. *La autocontratación a través de persona interpuesta.* VIII. *Supuestos en los que es admisible la autocontratación.*—1. Consideraciones previas.—2. Supuestos en los que es admisible la autocontratación en la representación voluntaria u orgánica. 2.1 Negocios jurídicos gratuitos estipulados a favor del representado. 2.2 Negocios jurídicos cuya reglamentación haya sido predispuesta por el *dominus negotii* o se establezca sin intervención del representante. 2.3 Actuaciones jurídicas que impliquen únicamente el cumplimiento de una obligación previa o se trate de actos de pura ejecución. 2.4 Autorización del *dominus negotii* para que el representante pueda autocontratar. 2.4.1 Forma y contenido de la autorización. 2.4.2 Especialidades de la autorización en la representación orgánica. 2.4.3 Momento en el que debe concederse la autorización para autocontratar.—3. Supuestos en los que es admisible la autocontratación en la representación legal. IX. *Consecuencias jurídicas de la realización del autocontrato no permitido.*

I. EL AUTOCONTRATO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

En una primera aproximación, y sin perjuicio de ulteriores precisiones, podríamos decir que se producirá una situación de autocontrato en aquellos supuestos en los que una persona con su sola voluntad pueda vincular a dos o más patrimonios o centros

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación «Bases para la uniformidad y convergencia de las reglas sobre transmisión de la propiedad inmobiliaria en la Unión Europea», DER 2010-21913-C02-01 (Subprograma JURI), subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia, Investigador Principal: Prof. Dr. Javier Orduña Moreno.

de intereses diversos, que se encuentran en una situación económica de confrontación o colisión, de tal manera que necesariamente el beneficio de uno se tenga que obtener a costa o en detrimento del otro².

Como se observa, la noción de autocontrato se encuentra directamente relacionada con una situación de colisión, conflicto o confrontación económica que se produce entre los patrimonios que van a quedar afectados por la actuación del agente.

En el Derecho español no existe una regulación específica del autocontrato, ni en sede de representación voluntaria –que, como tal, tampoco se encuentra regulada en el Código Civil español–, ni en sede de representación legal³. Únicamente, como veremos, algunos preceptos regulan concretas situaciones en las que podría producirse la situación de autocontratación.

² La STS de 12 de junio de 2001 (RJ 2001, 5058), que se refiere a un supuesto en el que se discutía si el administrador de una sociedad tenía autorización o no para comprar para sí un bien de aquélla, define el autocontrato en los siguientes términos: «[A]utocontrato, o contrato consigo mismo, en la modalidad más genuina (y tachada de más peligrosa por el mayor riesgo de parcialidad) que se da cuando existe una sola voluntad que hace dos manifestaciones jurídicas conjugadas y económicamente contrapuestas (Resolución 9 febrero 1946 [RJ 1946, 549]), es decir, cuando una persona cierra consigo misma un contrato actuando a la vez como interesada y como representante de otra (sentencia de 5 de noviembre de 1956 [RJ 1956, 3430])».

³ Por el contrario, el BGB contiene un precepto que se refiere a la figura del autocontrato. Es el parágrafo 181 BGB que, bajo la rúbrica, «*Insichgeschäft*», dispone: «*Un representante no puede, en tanto no hubiera sido autorizado, concertar un negocio consigo mismo en nombre del representado o con éste como representante también de un tercero, a no ser que el negocio jurídico consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación*».

De igual modo, el artículo 261 del Código Civil portugués, situado en sede de representación, y bajo la rúbrica «*Negocio consigo mismo*», dispone: «*1. Es anulable el negocio celebrado por el representante consigo mismo, sea en nombre propio, sea en representación de tercero, a no ser que el representado haya consentido específicamente la celebración, o que el negocio por su naturaleza excluya la posibilidad de un conflicto de intereses. 2. A los efectos del número precedente, se considera celebrado por el representante el negocio realizado por aquellos en quienes hubieran sido sustituidos los poderes de representación*».

En el Código Civil italiano, los artículos 1394 y 1395, en sede de representación, se refieren, respectivamente, al conflicto de intereses y al contrato consigo mismo. Así, el artículo 1394 Codice Civile, bajo la rúbrica «*Conflicto de intereses*», dice: «*El contrato celebrado por el representante en conflicto de intereses con el representado puede ser anulado a solicitud del representado, si el conflicto era conocido o reconocible por el tercero*». Y el artículo 1395, bajo la rúbrica «*Contrato consigo mismo*», dispone: «*1. Es anulable el contrato que el representante celebra consigo mismo, en nombre propio o como representante de otra parte, salvo que el representado lo hubiera autorizado específicamente o bien el contenido del contrato esté determinado de tal modo que se excluya la posibilidad de conflicto de intereses. 2. La impugnación únicamente puede ser solicitada por el representado*».

Por el contrario, el Código Civil francés, al igual que el español, no regula de manera específica la figura de la autocontratación o del conflicto de intereses. Simplemente contiene algunas normas que contemplan supuestos en los que se produce dicha autocontratación. Así, por ejemplo, puede verse el artículo 1596, que señala: «*No puede ser adjudicatarios, bajo pena de nulidad, ni por sí mismos ni por persona interpuesta: Los tutores, de los bienes sometidos a la tutela. Los mandatarios, de los bienes que se les encargó vender (...)*».

En el autocontrato una sola persona con su actuación puede vincular a dos o más patrimonios o centros de intereses diversos. Por lo tanto, la situación de autocontrato se podrá manifestar tanto en el ejercicio de la representación legal como en la representación orgánica o voluntaria⁴, y, por ello, y teniendo en cuenta el conflicto de intereses que subyace en la noción de autocontrato, el legislador español establece algunas prohibiciones en la actuación representativa.

Así, en el ámbito de la representación voluntaria, el artículo 1459.2 CC prohíbe a los mandatarios adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí o por persona alguna intermedia, los bienes de cuya administración o enajenación estuvieran encargados.

Y el artículo 267 CCo señala: «Ningún comisionista comprará para sí ni para otro lo que se le haya mandado vender, ni venderá lo que se le haya encargado comprar, sin licencia del comitente»⁵.

En el ámbito de la representación legal, el artículo 163 CC dice: «Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar. Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad»⁶.

En idéntico sentido, el artículo 299.1 CC prevé el nombramiento de un defensor judicial «cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes

⁴ DELGADO TRUYOLS, Á., «La doble o múltiple representación y el autocontrato: Delimitación de supuestos», *RJN*, núm. 39, 2001, p. 344.

Aun cuando no se trate propiamente de un caso de representación, puesto que los administradores concursales no son el órgano de ninguna persona jurídica, ni representantes del concursado o de los acreedores, sino más bien, como señalan BELTRÁN, E. y TIRADO, I., «La prohibición de autocontratación de los administradores concursales», *ADCo*, núm. 1, 2004, p. 100, «una institución orgánica legitimada indirectamente para administrar y disponer (o para intervenir) un patrimonio ajeno en el ejercicio de una función», el artículo 151 LC contempla una prohibición de adquirir bienes de la masa.

Dispone el precepto: «Los administradores concursales no podrán adquirir por sí o por persona interpuesta, ni aun en subasta, los bienes y derechos que integren la masa activa del concurso». Los administradores que incumplan dicha prohibición quedarán inhabilitados para el ejercicio de su cargo y deberán reintegrar a la masa, sin contraprestación alguna, los bienes o derechos que hubieran adquirido. A nuestro juicio, esta prohibición de adquisición de bienes, fundada en el cargo, en los deberes, funciones y potestades que se le asignan al administrador concursal, guarda evidente similitud con las prohibiciones de compra contempladas en los números 3 a 5 del artículo 1459 CC.

⁵ El artículo 96 CCo prohíbe a los agentes de cambio y bolsa «adquirir para sí los efectos de cuya negociación estuviesen encargados (...)».

⁶ Con muy similar regulación, véanse los arts. 320.6 Codice Civile; 389.3 Code Civil; y 1881.2 Código Civil Portugués.

legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado».

Finalmente, el artículo 221 CC dispone: «Se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar: 1.º Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión. 2.º Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. 3.º Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título»⁷.

En el ámbito societario, el artículo 162 LSC, referido a la sociedad de responsabilidad limitada, señala que «la junta general, mediante acuerdo concreto para cada caso, podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantías y facilitar la asistencia financiera a sus socios y administradores».

Respecto de los contratos de obra y servicios, el artículo 220 LSC, referido igualmente a las sociedades de responsabilidad limitada, señala que «el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirán acuerdo de la junta general»⁸.

Finalmente, el artículo 28 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, bajo la rúbrica, Autocontratación, dispone: «Los patronos podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa autorización del Protectorado que se extenderá al supuesto de personas físicas que actúen como representantes de los patronos»⁹.

II. APROXIMACIÓN A LA IDEA DE CONFLICTO DE INTERESES

Como se ha visto en el número anterior, la situación que subyace en la regulación fragmentaria de la autocontratación en nuestro

⁷ Por su parte, el artículo 237 bis CC dispone: «Si los tutores tuvieren sus facultades atribuidas conjuntamente y hubiera incompatibilidad u oposición de intereses de alguno de ellos para un acto o contrato, podrá éste ser realizado por el otro tutor, o, de ser varios, por los demás en forma conjunta».

⁸ Y el artículo 190 LSC prohíbe al socio administrador ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando el acuerdo se refiera «a la dispensa de la prohibición de competencia o al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios».

⁹ Véase el desarrollo de este precepto en el artículo 34 del Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, que aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal.

ordenamiento jurídico es el conflicto o confrontación de intereses que se produce entre el representante y el o los representados.

Sin embargo, tampoco existe en el ordenamiento jurídico español un régimen jurídico general de los conflictos de intereses. En consecuencia, ni existe una definición de lo que deba entenderse legalmente por conflicto de intereses, ni tampoco la doctrina ha prestado excesiva atención a esta cuestión.

Acaso por ello convenga señalar qué entendemos por conflicto de intereses.

En una primera aproximación, podrá decirse que habrá conflicto de intereses siempre que en una determinada situación existan posiciones jurídicas contrapuestas, de tal manera que el provecho de una necesariamente tenga que obtenerse en detrimento de la otra.

En este sentido, existirá conflicto de intereses en todos los contratos onerosos en los que, por definición, existen dos posiciones enfrentadas en los términos que hemos indicado¹⁰.

Claramente se producirá esta confrontación de intereses en los contratos de cambio (permuta, compraventa, etc.), en los contratos de uso y disfrute (arrendamientos), de prestación de servicios o de ejecución de obra y en los contratos en la litis (transacción).

Pero, a nuestro entender, también podrá existir este conflicto de intereses en los contratos asociativos, en los que, aun cuando hay coincidencia en cuanto al fin, las posiciones de las partes pueden ser disímiles en punto a la titularidad de algunos derechos económicos o políticos y, desde luego, en cuanto a la participación en el haber social o en la valoración de los bienes que se aporten a la sociedad¹¹.

¹⁰ Como señala Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, Madrid, 1979, reimpresión 1992, p. 213, en todos los contratos que sean de «naturaleza onerosa, con obligaciones recíprocas o sinalagmáticas, el juego mismo de la estructura onerosa del contrato determina que entren en contradicción los intereses de ambas partes». En idéntico sentido, NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses: Especial referencia a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *AAMN*, T. 41, 2003, pp. 61 y 62; RODRÍGUEZ PINTO, M. S., *Autocontratación y conflictos de intereses en el Derecho privado español*, Madrid, 2005, p. 25.

¹¹ Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 213; NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, pp. 62 y 72. Como bien señala OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., «El autocontrato en la constitución de sociedades mercantiles: Una reconsideración de la jurisprudencia registral», *RJN*, núm. 61, 2007, p. 228, en la constitución de sociedades confluyen dos tipos de intereses. En primer lugar, los convergentes o paralelos de los socios, pues buscan obtener el mayor beneficio común; pero también confluyen los intereses particulares y enfrentados de cada uno de los socios, que se manifestarán a la hora de determinar lo que hay que aportar para lograr aquel beneficio y el modo en que una vez obtenido se repartirá entre los socios.

En este sentido, la RDGRN de 14 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4455) afirma que «aun cuando en los contratos de tipo asociativo no es tan patente la presencia de una contraposición de intereses entre las partes como en los onerosos con obligaciones recíprocas, no por ello queda excluida aquella posibilidad». No obstante, la RDGRN de 5 de julio de 2011 (RJ 2011, 5958), señala que el registrador, para rechazar la inscripción de una sociedad constituida por un único otorgante que interviene en representación de dos sociedades

Sin embargo, a pesar de esta primera aproximación, es evidente que con la expresión «*conflicto de intereses*» los juristas no aludimos a estas situaciones de confrontación que podríamos calificar de «normales», por ser de esencia a la propia estructura bilateral del contrato y que, por otra parte, han sido contempladas por la visión liberal de nuestro legislador decimonónico como la vía más adecuada para regular el intercambio de bienes y servicios (cfr. artículo 1255 CC).

La expresión conflicto de intereses hace referencia a otro supuesto distinto, en el que la confrontación o colisión de intereses se manifiesta con unas características especiales, debido a la consideración de uno de los intereses en juego como superior, preferente o más digno de protección que el otro.

Así, a nuestro juicio, existirá un conflicto de intereses en aquellas situaciones en las que el sujeto no puede actuar tomando en consideración únicamente su interés personal, sino que en su actuación se encuentra vinculado o, incluso, constreñido, por otro interés que el ordenamiento jurídico ha considerado preferente, bien por estar más necesitado de protección, bien por razones de orden público, o simplemente porque así lo había asumido previa y voluntariamente el propio sujeto actuante.

Como se ve, la situación de conflicto de intereses supondrá una restricción o limitación del ámbito de libertad individual y de la autonomía de la voluntad del agente, que no podrá realizar válidamente lo que crea que es mejor para la satisfacción de su interés individual sino que deberá sacrificar este último en beneficio del interés o posición jurídica preferente que legal o negocialmente le vincula¹².

III. ALGUNOS CONFLICTOS DE INTERESES REGULADOS LEGALMENTE

Aunque, como hemos indicado, no existe una regulación genérica del conflicto de intereses en nuestro ordenamiento jurídico, sin

mercantiles como administrador único de ambas, es preciso que identifique y precise dónde se genera el conflicto de intereses.

¹² En este sentido, CUIF, P. F., «Le conflit d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé», *Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, enero/marzo, 2005, p. 1, entiende que la situación de conflicto de intereses se produce en aquellos casos en los que los intereses personales de alguien se oponen a sus deberes, debiendo resolverse el conflicto en favor de estos últimos. Por su parte, ALFARO AGUILA-REAL, J., «La prohibición de autocontratación de los administradores de sociedades anónimas y limitadas», en *Documentos de trabajo del Área de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, noviembre 2003, p. 1, señala que en la gestión de los intereses ajenos que les corresponde a los administradores «el deber de lealtad les impone hacer prevalecer los intereses de la sociedad sobre los propios», véase también p. 11.

embargo, el legislador, sobre todo en los últimos tiempos, sí que se ha preocupado de regular, en algunos casos concretos, tanto la identificación de algunos conflictos de intereses que pueden producirse¹³, como la solución a los mismos, fundada normalmente en normas prohibitivas de alguna actuación que pudiera llevar a cabo la persona o entidad en la que concurre dicho conflicto¹⁴, y, en su caso, las consecuencias jurídicas del incumplimiento de dichas normas¹⁵.

Los ámbitos en los que el legislador entiende que pueden producirse conflictos de intereses son variados.

En primer lugar, se regulan posibles situaciones de conflicto de intereses en el ámbito de los contratos asociativos. La regulación de estas situaciones de conflicto de intereses no se ocupa del momento constitutivo de la sociedad, en el que, como hemos dicho, también pueden existir evidentes conflictos de intereses, sino que se refiere al tiempo durante el que se desarrollan las relaciones societarias.

En este sentido, los artículos 225 y ss. LSC regulan los deberes de los administradores, estableciendo diversas normas sobre el conflicto que puede producirse entre el interés del administrador y el interés social, entendido como interés de la sociedad y considerado como interés superior.

Efectivamente, parece razonable que en el ámbito de las sociedades de capital o en algunos otros similares (v. gr. cooperativas¹⁶) pueda existir un interés social superior o diverso del interés de los administradores, o incluso del interés de los socios aunque representen la mayoría necesaria para la adopción de acuerdos.

¹³ Así, el artículo 44 del Real Decreto 217/2008, de 15 febrero, de régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, o el artículo 70 quáter de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, añadido por la modificación producida por Ley 47/2007, de 19 diciembre.

¹⁴ El legislador establece prohibiciones de realizar actividades que puedan incurrir en competencia con el interés superior tomado en consideración (arts. 230 LSC, 136 a 138 CCo, referidos a las sociedades colectivas, o 288 CCo referido al factor); prohibiciones de celebrar algún negocio jurídico (arts. 267 CCo, 221 y 1459 CC), o de aprovechar oportunidades de negocio (art. 228 LSC); o simplemente, prohibiciones de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a la que el conflicto se refiera (arts. 190, 229.1 y 526 LSC).

No obstante, también se regulan supuestos en los que el conflicto de intereses se soluciona simplemente a través de la obligación de comunicar la existencia de dicho posible conflicto de intereses (art. 40 Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y arts. 229.2 y 523 LSC).

¹⁵ Por ejemplo, el artículo 218.5 CCo señala: «Habrà lugar a la rescisión parcial del contrato de compañía mercantil colectiva o en comandita por cualquiera de los motivos siguientes: 5º. Por ejecutar un socio por su cuenta operaciones de comercio que no le sean lícitas con arreglo a las disposiciones de los artículos 136, 137 y 138».

¹⁶ El artículo 26.8 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas señala que los estatutos de la cooperativa establecerán los supuestos en los que el socio deba abstenerse de votar por encontrarse en conflicto de intereses; y el artículo 42 regula algunas situaciones de conflicto de intereses con la cooperativa.

En estos casos existe un contrato asociativo que obliga recíprocamente a todos los partícipes, y en dicho contrato puede fundamentarse la vinculación del interés individual de un socio al interés común o interés de la sociedad.

Así se explica que el artículo 204 LSC permita la impugnación de los acuerdos sociales válidamente adoptados cuando lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios. O que el artículo 190 LSC impida ejercer el derecho de voto a algún socio en la sociedad de responsabilidad limitada¹⁷.

Mucho más dudoso es que en otras situaciones jurídicas el legislador entienda igualmente que existe un interés global, superior y diferente que el representado por la mayoría de los partícipes.

Y es que el artículo 18.2 LPH permite la impugnación de los acuerdos adoptados mayoritariamente por la junta de propietarios en el régimen de propiedad horizontal cuando resulten «gravemente lesivos para los intereses de la propia comunidad en beneficio de uno o varios propietarios».

A nuestro entender, en la situación de cotitularidad que implica la propiedad horizontal (cfr. arts. 396 CC y 3 LPH) no debería distinguirse entre un hipotético «interés comunitario» diverso (y, además, superior) al interés de la mayoría de los copropietarios o partícipes, que deberían poder decidir libremente sobre su copropiedad, siempre a salvo, claro está, las posibles situaciones de abuso de derecho (art. 7 CC)¹⁸.

También se establecen por el legislador posibles situaciones de conflicto de intereses en el ámbito de los contratos de prestación de servicios.

¹⁷ Respecto de esta privación del voto, véanse EMBID IRUJO, J. M., «Comentario al artículo 52», en ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J. M. y GÓRRIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Comentarios a la LSRL*, 2.ª ed., Madrid, 2009, pp. 663 y ss.; y BOQUERA MATARREDONA, J., «La regulación del conflicto de intereses en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada», *RDM*, núm. 217, 1995, pp. 1022 y ss.

¹⁸ Véanse ESTRUCH ESTRUCH, J. y VERDERA SERVER, R., *La junta de propietarios: Constitución, acuerdos e impugnación*, Pamplona, 2000, pp. 197 y ss. Tiene razón CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 18», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Pamplona, 1999, pp. 606 y ss., cuando en relación con esta causa de impugnación de los acuerdos comunitarios afirma que no existe un deber jurídico de los copropietarios de perseguir el interés común. Estamos ante una comunidad incidental, en la que ninguno de los partícipes se ha vinculado contractualmente para conseguir un interés comunitario superior.

Por esa misma razón, no está regulada en la Ley de Propiedad Horizontal la privación del derecho de voto al propietario cuando pudiera existir conflicto de intereses entre el individual del copropietario y el hipotético «interés comunitario», a diferencia de lo dispuesto, por ejemplo, en el artículo 190 LSC.

Sin embargo, a pesar de esta ausencia normativa, en alguna situación muy específica y, sobre todo, respecto de los acuerdos que deben ser adoptados por unanimidad, los Tribunales no han tomado en consideración el voto de algún propietario cuando existía contradicción de intereses entre éste y la comunidad [véase la STS de 25 de abril de 1992 (RJ 1992, 3413)].

Así, por ejemplo, el artículo 44 del Real Decreto 217/2008, de 15 febrero, de régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, bajo la rúbrica «Conflictos de interés potencialmente perjudiciales para los clientes», identifica una serie de supuestos en los que podría generarse dicho conflicto¹⁹. O el artículo 22.1 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, que aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, que se refiere al régimen de incompatibilidad de los abogados.

También es lógico que en el ámbito de los contratos de prestación de servicios se puedan producir conflictos de intereses y que el legislador manifieste su preocupación respecto de los mismos.

El prestador del servicio se encuentra vinculado con la persona que se lo encargó y, en consecuencia, ante la posible contradicción de intereses entre ambas posiciones, no parece razonable que el prestador del servicio pueda anteponer su interés particular al de la persona frente a la que se encuentra vinculada por el contrato.

Dicha preocupación se manifiesta, además, de manera constante en la normativa sectorial de cada profesión e, incluso, a través de las normas deontológicas adoptadas por los distintos Colegios Profesionales²⁰.

Finalmente, como hemos visto, existen también algunas normas que se refieren a los conflictos de intereses que pueden producirse en el ámbito de la representación, tanto legal como voluntaria u orgánica.

El ordenamiento jurídico establece diversas precauciones para evitar el conflicto en este ámbito.

Así, se dispone que la representación legal de los padres respecto de sus hijos menores no emancipados no alcanzará a aquellos asuntos en los que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo (art. 162.2 CC). En estos casos, se deberá nombrar a los hijos un defensor que los represente en juicio y fuera de él (art. 163 CC)²¹.

Similares precauciones adopta el ordenamiento jurídico respecto de los tutores en las relaciones con los menores o incapacitados sometidos a su tutela. Así, no podrán ser tutores las personas que

¹⁹ Por su parte, el artículo 45 obliga a las entidades que presten servicios de inversión a aprobar, aplicar y mantener una política de gestión de los conflictos de interés eficaz y adecuada al tamaño y organización de la empresa y a la naturaleza, escala y complejidad de su actividad. Y el artículo 46 del Real Decreto obliga a llevar un registro de los servicios de inversión realizados por la empresa en los que, o bien haya surgido un conflicto de interés, o bien pueda surgir si se trata de servicios en curso.

²⁰ CUIF, P. F., «Le conflit d'intérêts...», *op. cit.*, p. 6. Como ejemplo, véanse los artículos 4.2, 4.3 y 13.4 del Código Deontológico aprobado por el Consejo Valenciano de Colegios de Abogados en el año 2002.

²¹ Si el conflicto fuera únicamente con uno de los progenitores, corresponderá al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o, en caso de que éste estuviera emancipado, complementar su capacidad.

«tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración» (art. 244.4.º CC). Cuando exista conflicto de intereses se prohíbe al tutor representar al tutelado y se deberá nombrar un defensor judicial que represente al menor o incapacitado (arts. 221 y 299 CC).

También en los supuestos de representación voluntaria u orgánica el legislador ha contemplado la posible existencia de conflictos de intereses, a semejanza de lo que ocurre con lo dispuesto en los casos de representación legal.

Cuando existe una representación voluntaria u orgánica es posible que el apoderado o administrador intervenga en el negocio en cuestión en nombre y representación del poderdante o sociedad y en nombre propio (o de otro poderdante o sociedad diferente de la anterior).

Por ello, el artículo 1459.2 CC prohíbe comprar al mandatario los bienes de cuya administración o enajenación estuviese encargado, en parecido sentido a como lo hace el artículo 267 CC para el comisionista.

Y es que, como ya se señaló, en todos los supuestos de representación legal, voluntaria u orgánica pueden producirse supuestos de autocontratación o contrato consigo mismo que, como veremos en las páginas siguientes de este trabajo, suponen, en principio, un evidente caso de conflicto de intereses.

IV. LA ADMISIÓN CONCEPTUAL DEL AUTOCONTRATO

La figura de la autocontratación tiene larga tradición histórica y proviene de la práctica mercantil, al ser uso de banqueros y comisionistas considerar que estaban autorizados por sus clientes para contratar en nombre propio o bien en nombre de otro representado, sobre todo cuando la contratación se refería a productos cuyo precio se fijaba de modo externo al comisionista²².

²² Así lo afirma DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, op. cit., p. 199. Por su parte, el Profesor DE CASTRO, F., «El autocontrato en el Derecho privado español», *RGLJ*, 1927, p. 337, cita una obra de CASAREGIS (*Discursus legales de commercio*), del año 1740, en la que se señala como «ordinario entre los comerciantes, el que los corresponsales se comprasen o vendiesen a sí mismos géneros que sus comitentes les encargaban vender o comprar». Véanse también DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, Madrid, 1990, p. 16; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, Madrid, 2009, pp. 62 y 63; SERNA MEROÑO, E., «Comentario al artículo 1259 CC», en ALBALADEJO GARCÍA M. y DÍAZ ALABART, S., (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVII, Vol. 1.º A, Madrid, 1993, p. 551.

No obstante su arraigo práctico, en el Derecho histórico español nunca fue reconocida la autocontratación como una actuación válida y productora de plenos efectos jurídicos²³.

Incluso en la normativa actual, como hemos visto, se observa que el legislador español contempla con recelo la figura de la autocontratación por el evidente conflicto de intereses que subyace en la misma²⁴.

Desde el punto de vista doctrinal, también se han manifestado reparos a la evidente paradoja conceptual que supone que un contrato sea celebrado por una única persona²⁵.

²³ En este sentido, CASCOS, F. A., «Un autocontrato muy usual en España», *RCDI*, núm. 71, 1930, p. 839; DELGADO TRUYOLS, Á., «La doble o múltiple representación y el autocontrato...», *op. cit.*, p. 344.

Como señala DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, *op. cit.*, p. 23, de las Partidas a la Novísima Recopilación se produjo un endurecimiento de las normas que se referían al conflicto de intereses que podía existir en la compra por el administrador o tutor de los bienes que administrara o estuvieran sometidos a su tutela, prohibiendo dichas adquisiciones (ley IV, título V, Partida 5.ª y ley I, título XII, Libro X de la Novísima Recopilación). En efecto, dice DE CASTRO, F., «El autocontrato en el Derecho privado español», *op. cit.*, p. 423, que la prohibición en la Novísima Recopilación se manifiesta en términos más severos, sin admitir excepción alguna. Véanse también TOMÁS MARTÍNEZ, G., «La prohibición de autocontratación en la representación legal. Estudio histórico y regulación actual», *Revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 50, núm. 2, 2002, p. 158; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, *op. cit.*, pp. 65 y 87.

²⁴ Como señala la RDGRN de 10 de abril de 2003 (RJ 2003, 4032) el autocontrato «no goza, ciertamente, del favor del legislador, como se desprende de los artículos 163, 221 y 1459 del Código Civil y 267 del Código de Comercio, si bien se admite por la jurisprudencia cuando media una expresa licencia del poderdante o queda eliminada la colisión de intereses». En parecidos términos, la STS de 10 de febrero de 2012 (RJ 2012, 5279), dice: «Nuestro sistema, aunque admite la llamada autoentrada y el autocontrato –en este sentido, entre otras muchas, la sentencia 1133/2001, de 29 de noviembre (RJ 2002, 7322), afirma que «[e]l autocontrato o negocio jurídico del representante consigo mismo es válido»–, ante el eventual conflicto de intereses entre el representado y quien actúa en su doble condición de representante y parte en el contrato, desconfía de que éste quiera enriquecerse en detrimento de aquél, y de ahí las restricciones que impone el primer apartado del artículo 267 del Código de Comercio (...) y el 1459 del Código Civil».

²⁵ Como es sabido, incluso el reconocimiento de la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones es objeto de discusión en la doctrina, dada la dificultad de reconocer la nota de correlatividad (entre la situación de poder jurídico, propia del acreedor, y la situación de deber jurídico, propia del deudor) de la relación obligatoria en el nacimiento de la misma. Actualmente, la conclusión más generalizada es que sólo pueden considerarse manifestaciones de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones la promesa pública de recompensa y el concurso con premio, encontrando la justificación en el concepto amplio de ley manejado por los artículos 1089 y 1090 CC. En cualquier caso, obsérvese que en estos supuestos de declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones, el declarante o promitente únicamente concede un posible crédito al que resulte beneficiario de la declaración unilateral (porque ganó el concurso o realizó la actuación recompensable) sin que, evidentemente, le pueda imponer obligaciones. Por el contrario, en los supuestos de autocontrato, el representante no concede únicamente un crédito al representado sino que concierta un negocio jurídico en su nombre, vinculándole respecto de la íntegra posición contractual derivada del programa obligacional establecido (derechos, obligaciones, garantías, responsabilidades especiales, etc.).

A pesar de todas estas reticencias, la autocontratación se utiliza con frecuencia en el tráfico jurídico en España²⁶ y, con evidente visión práctica, la doctrina se ha esforzado en encontrar posibilidades teóricas para construir la figura.

Así se han elaborado diversas teorías. En primer lugar, se ha señalado que en el autocontrato, en realidad, concurren dos voluntades, la del representante y la del representado, pues la voluntad del primero vale también como la voluntad del segundo. O, aunque no haya dos voluntades, pues parece indiscutible que todo el mecanismo de la autocontratación es impulsado únicamente por la voluntad del representante, se afirma que, al menos, concurren dos actos volitivos o bien dos declaraciones de voluntad diferentes.

Otros autores, ante la gran dificultad de entender en los supuestos de autocontratación la existencia de dos voluntades (o de dos actos volitivos o declaraciones de voluntad), han intentado justificar el autocontrato señalando que la esencia del contrato no está tanto en la voluntad, sino en la posibilidad de producir efectos jurídicos entre dos o más patrimonios pertenecientes a distintos dueños.

También se ha afirmado que el autocontrato no es un negocio bilateral, sino que, por el contrario, es un negocio jurídico unilateral que, sin embargo, produce los efectos de un contrato²⁷.

O, finalmente, para salvar el problema desde el punto de vista de la voluntad en el autocontrato, se concluye que si la reglamentación dictada por el autocontratante puede valer como una *lex privata* entre las partes, por cuanto que el autocontratante ostenta un especial poder de representación sobre la esfera jurídica ajena, la relación jurídica así creada y reglamentada en la *lex privata* debe ser equiparable a un contrato²⁸.

²⁶ CASCOS, F. A., «Un autocontrato muy usual en España», *op. cit.*, p. 834, en el año 1930 se refería a la práctica habitual del poder otorgado por un heredero a otro para que le representara «en el contrato aprobatorio de partición de herencia en que ambos, mandante y mandatario, tienen interés». Incluso llega a decir que dicha práctica se ha constituido como una costumbre *praeter legem* (p. 836). Algunos años antes, DE CASTRO, F., «El autocontrato en el Derecho privado español», *op. cit.*, p. 402, ya había afirmado la admisión generalizada de esta práctica notarial. No obstante, señala el Profesor DE CASTRO que lo que ocurría normalmente en la realidad era que previamente los herederos ya habían llegado a un acuerdo sobre la partición, por lo que cuando el mandante otorgaba el poder a otro coheredero ya sabía la parte que se le había adjudicado y la que se había adjudicado a los demás coherederos.

²⁷ Para un estudio de las distintas teorías justificativas del autocontrato, véanse DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, pp. 204 a 206; el mismo autor en *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, T. I, Madrid, 2007, pp. 224 y 225; DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, *op. cit.*, pp. 48 a 66; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, *op. cit.*, pp. 92 y ss. Y, sobre todo, DE CASTRO, F., «El autocontrato en el Derecho privado español», *op. cit.*, pp. 339 a 365, que defiende la teoría del negocio jurídico unilateral (pp. 370 y ss.).

²⁸ En este sentido se pronuncia DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 206; el mismo autor en *Fundamentos del Derecho civil patri-*

En cualquier caso, salvados los obstáculos conceptuales, la figura de la autocontratación se ha admitido de manera clara en la doctrina y jurisprudencia españolas, quedando limitada la cuestión a determinar en qué casos y bajo qué límites el ordenamiento jurídico debe admitir la eficacia de la actuación del representante que contrata consigo mismo²⁹, o que interviene en negocios jurídicos bilaterales o plurilaterales en nombre propio y de su principal o ejerciendo varias representaciones de manera simultánea.

Así, la RDGRN de 14 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4455) dice:

«El defecto así planteado no lo es tanto de carácter conceptual, la imposibilidad de la autocontratación, como de orden práctico, su admisibilidad cuanto puede implicar un conflicto de intereses entre representante y representado o dos o más personas representadas por un mismo representante, con el consiguiente riesgo de que se antepongan los de alguno de ellos en beneficio de los de otro.»

Y la RDGRN 17 de noviembre de 2000 (RJ 2001, 865) afirmó:

«Adviértase que el tratamiento jurídico de rigor que sufre la llamada autocontratación no se debe a obstáculos conceptuales (si el contrato puede estar integrado por una sola declaración de voluntad), sino a razones de justicia (la defensa de los intereses de los representados que sufren peligro en los casos en que el representante tiene que defender intereses contrapuestos).»³⁰

Finalmente, debemos hacer una precisión terminológica. Y es que, aunque haya cobrado fortuna la expresión autocontrato³¹, las hipótesis en las que puede producirse un conflicto de intereses entre el representante y el representado no se producen únicamente mediante la celebración de contratos.

Es posible que el conflicto exista y se materialice fuera del estricto ámbito contractual. Y, en sentido contrario, algunos contratos, por definición, no supondrán nunca la existencia de un conflicto de intereses.

Así, podrán existir situaciones de conflicto de intereses entre representado y representante fuera del ámbito contractual, por

monial, T. I, *op. cit.*, p. 225. Véase también GOMÁ SALCEDO, J. E., «Fiducia cum creditore. Autocontratación», *RJN*, núm. 50, 2004, p. 267.

²⁹ CASCOS, F. A., «Un autocontrato muy usual en España», *op. cit.*, p. 846; DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 203.

³⁰ Véanse también las SSTS de 10 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8282) y 12 de junio de 2001 (RJ 2001, 5058), así como la RDGRN de 21 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3931).

³¹ Como señala DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, *op. cit.*, p. 11, seguramente la expresión se ha impuesto «gracias al poder de seducción propio de toda fórmula que comprime en la brevedad una gran carga significativa». De «laconismo paradójico» del término habla TOMÁS MARTÍNEZ, G., «La prohibición de autocontratación...», *op. cit.*, p. 147.

ejemplo, respecto de ciertos actos jurídicos que no puedan considerarse estrictamente negocios jurídicos aunque necesariamente deberán suponer la intervención de dos voluntades³².

Y, por el contrario, difícilmente podrá existir conflicto de intereses cuando el contrato que se celebre entre representante y representado sea una donación en la que el representante sea el donante y la acepte en nombre del representado.

Lo que sí que es imprescindible para que se pueda hablar de autocontratación es que exista un negocio o un acto jurídico de naturaleza bilateral, por lo que si se trata de una mera declaración o manifestación del representante difícilmente podrá existir el supuesto³³.

V. DELIMITACIÓN NEGATIVA DE LOS SUPUESTOS DE AUTOCONTRATACIÓN: LA EXISTENCIA DE UN ÚNICO CENTRO DE INTERÉS

Como hemos señalado anteriormente, existe autocontrato cuando una persona con su sola voluntad puede vincular dos o más patrimonios o, con más precisión, dos o más esferas jurídicas o centros de interés diferentes, que se encuentran en una situación económica de colisión, oposición o enfrentamiento, de tal modo que necesariamente el provecho de uno deba ser a costa o en detrimento del otro.

Aunque tradicionalmente se ha hablado de diversidad de patrimonios³⁴, entendemos que es mejor referirnos a esferas jurídicas o centros de interés diferentes porque aunque formalmente

³² En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 201, que se refiere a «hacerse pago de los créditos que le correspondan». Piénsese, por ejemplo, en el caso de que el representante se hiciera pago de un crédito prescrito que tuviera frente al representado.

³³ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 200. En este sentido, entendemos que no sería un supuesto de autocontrato la representación conferida a una persona para que, en nombre de varias, otorgue una declaración de obra nueva construida en común. En este sentido, véase DELGADO TRUYOLS, Á., «La doble o múltiple representación y el autocontrato...», *op. cit.*, p. 346. En este caso, no es tanto que no existan intereses contrapuestos entre las partes, como afirma el autor, sino que no nos encontramos ante un acto o negocio jurídico de carácter bilateral y, por lo tanto, no podrá existir el supuesto de autocontratación. En este sentido, la STS de 9 de junio de 1997 (RJ 1997, 4733) no apreció la existencia de autocontrato en una declaración (de la falta de construcción de un hotel) por tratarse de una declaración unilateral que se limitaba a constatar un hecho.

³⁴ Así, DE CASTRO, F., «El autocontrato en el Derecho privado español», *op. cit.*, p. 369, que resume en dos los caracteres comunes que se dan en todo caso de autocontrato: «1) Existen dos patrimonios independientes. 2) Dos patrimonios sobre los que tiene poder de disposición una sola persona», véase también p. 377. Por eso el Profesor DE CASTRO consideraba la posible existencia de autocontrato también en la «sociedad subsistente con

existan dos patrimonios es posible que, en realidad, dichos patrimonios no representen más que una única posición jurídica o centro de interés.

A nuestro entender, en este supuesto no existiría autocontrato en el sentido propio del término.

Se trataría, por ejemplo, del contrato celebrado por una persona consigo misma en cuanto tal persona física y como administrador de una sociedad unipersonal de la que es el único socio.

En estos casos formalmente hay dos patrimonios diversos (el de la persona física y el de la sociedad) que quedan vinculados con la actuación de una sola persona.

Sin embargo, a nuestro entender, no se trataría de un auténtico supuesto de autocontrato, puesto que, en realidad, no existen posiciones jurídicas confrontadas u opuestas, ya que tanto el patrimonio de la sociedad unipersonal como el patrimonio personal del contratante pertenecen a una sola persona³⁵.

Lo mismo ocurriría con el heredero único que hubiera aceptado la herencia a beneficio de inventario y celebrara un contrato de compraventa consigo mismo que tuviera por objeto bienes de la herencia³⁶.

En estos supuestos, por tanto, no se aplicaría la doctrina del autocontrato, pues en realidad no hay conflicto de intereses ya que la posición jurídica afectada es única, aunque se deberían aplicar, en su caso, las normas protectoras del tercero si la actua-

un único socio» (pp. 434 a 448). Véase también GONZÁLEZ, J., «El problema de la autocontratación», *RCDI*, 1927, pp. 377 y 380.

En la jurisprudencia, la STS de 10 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8282) señala que «la autocontratación se produce cuando una persona, con poder de disposición sobre dos patrimonios independientes crea entre ellos una relación jurídica».

³⁵ DELGADO TRUYOLS, Á., «De nuevo sobre el autocontrato: Dos problemas muy actuales», *RJN*, núm. 43, 2002, p. 288, entiende que en estos casos la autocontratación existe «pero debe ser considerada legal por ausencia de los tres requisitos cumulativos que debe cumplir en nuestro Derecho el autocontrato prohibido por la ley». El autor se refiere a un requisito conceptual (la existencia de una sola declaración de voluntad), otro económico (la vinculación económica de dos o más patrimonios distintos) y un tercero práctico (el conflicto de intereses). Véase el mismo autor en «La doble o múltiple representación y el autocontrato...», *op. cit.*, p. 345. En parecido sentido, RUIZ-RICO RUIZ, C., *Autocontrato societario*, Madrid, 2002, p. 43, afirma que la coincidencia de intereses que se manifiesta en la sociedad unipersonal y su único socio «conduce a eliminar todo vestigio de conflictividad. Desde una perspectiva autocontractual, ello se traduce en la admisibilidad de cualquier autocontrato». Véanse también LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, *op. cit.*, p. 129; MARIMÓN DURÁ, R., *La Asistencia Financiera de una Sociedad Limitada a sus Socios, Administradores y otras Sociedades de su Grupo*, Pamplona, 2010, pp. 151 y 152, entiende que en caso de socio único no es de aplicación el deber de abstención del artículo 190 LSC, por lo que estima que en esos supuestos debe permitirse la asistencia financiera (autocontrato) por la simple voluntad del socio único.

³⁶ Señala DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, *op. cit.*, p. 69, que en los supuestos de vinculación de patrimonios especiales por el mismo titular sólo formalmente se puede apreciar una identidad con el contrato. Véase también NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, pp. 58 y ss. y 105.

ción del administrador-socio único o del heredero se realizó en fraude de acreedores³⁷.

VI. AUTOCONTRATO EN SENTIDO AMPLIO: LA DOBLE O MÚLTIPLE REPRESENTACIÓN

1. EL SUPUESTO DE HECHO: EL MISMO REPRESENTANTE CONTRATA EN NOMBRE DE DOS O MÁS REPRESENTADOS

También existirá un supuesto de autocontratación en los casos de doble o múltiple representación, cuando el representante pone en relación varios patrimonios que se encuentran en situación de enfrentamiento o colisión³⁸.

Sería el caso de que el mismo representante manifestara el consentimiento por cada una de las posiciones contractuales o jurídicas a nombre de cada uno de sus representados, siempre que dichas posiciones estuvieran en conflicto³⁹.

En este supuesto, aunque la actuación del representante no está afectando a su propio patrimonio sino al de sus representados, entendemos que existe también autocontrato, porque un único centro de decisión (que es el representante único) vincula dos esferas jurídicas diversas que se encuentran en situación de

³⁷ DELGADO TRUYOLS, Á., «De nuevo sobre el autocontrato...», *op. cit.*, p. 289; RODRÍGUEZ PINTO, M. S., *Autocontratación y conflictos de intereses...*, *op. cit.*, pp. 363 y ss.

Precisamente por el recelo que el posible traspaso patrimonial entre la sociedad unipersonal y el titular de la misma produce respecto de los intereses de terceros, el artículo 16 LSC exige unas condiciones formales de inscripción y publicidad respecto de estos contratos y, además, establece que durante el plazo de dos años el socio único responderá frente a la sociedad de las ventajas que haya obtenido en perjuicio de ésta como consecuencia de estos contratos.

³⁸ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A., «Comentario al artículo 1713», en PASQUAU LIAÑO, M., (Dir.), *Jurisprudencia Civil Comentada*, T. II, Granada, 2000, p. 2979; DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, *op. cit.*, p. 75; BADENAS CARPIO, J. M., *Apoderamiento y representación voluntaria*, Pamplona, 1998, p. 294; GOMÁ SALCEDO, J. E., «Fiducia cum creditore. Autocontratación», *op. cit.*, p. 267.

No obstante, como advierte NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, p. 50, en este caso de doble o múltiple representación propiamente no nos encontramos ante un supuesto de autocontrato en el sentido gramatical del término, puesto que el representante con su actuación no está afectando a su propio patrimonio sino al de dos terceros.

³⁹ La STS de 29 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3442) contempló un supuesto de doble representación. En el caso resuelto por esta sentencia, el mismo representante de dos sociedades otorgó escritura de subrogación en un arrendamiento financiero inmobiliario de la sociedad titular del mismo a favor de la otra que quedaba como arrendataria para el futuro (y con la posibilidad, por tanto, de quedarse la finca) sin que se acreditara contraprestación alguna a favor de la primera.

colisión, oposición o enfrentamiento, de tal modo que necesariamente el beneficio de una provenga del perjuicio o menoscabo de la otra, lo que, por la propia estructura del contrato, ocurre en todos los contratos onerosos, con obligaciones recíprocas o sinagmáticas⁴⁰.

En algunos preceptos se tiene en cuenta esta forma de contratación en nombre de varias personas con posible colisión de intereses. Así, el artículo 221.2.º CC prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga «en nombre de un tercero y existiera conflicto de intereses». Y el artículo 267 CCo prohíbe al comisionista comprar para sí «ni para otro» lo que se le haya mandado vender, ni vender lo que se le ha encargado comprar.

De igual modo, en diversos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, esta forma de contratación a nombre de dos o más representados por el mismo representante se considera también un supuesto de autocontratación⁴¹.

Por el contrario, la doble o múltiple representación estará permitida cuando no exista conflicto de intereses entre las posiciones jurídicas de los representados.

Así, se ha señalado que, normalmente, la doble o múltiple representación constituirá un supuesto de autocontratación en los negocios bilaterales, pero no en los plurilaterales (por ejemplo, la constitución de una sociedad) en los que al no concurrir al mismo en su propio nombre el representante parece que se evita el conflicto de intereses, que es el motivo de la prohibición de la autocontratación. Así, en principio, deberá ser válida la comparecencia de un único representante en nombre de varios socios fundadores en el otorgamiento del contrato de sociedad⁴².

Sin embargo, incluso en estos casos de negocios plurilaterales en los que el representante no concurre en nombre propio pero lo hace en nombre de dos o más de sus representados, a nuestro entender podría existir conflicto de intereses si las posiciones jurídicas de cada uno de los representados fueran contrapuestas.

⁴⁰ No obstante, algunos autores han entendido que en estos casos de doble o múltiple representación la imparcialidad del representante es mayor, ya que no hay que suponer que quiera favorecer a un representado más que al otro, pues su interés será que el negocio sea favorable para sus dos representados. Véanse DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, *op. cit.*, p. 76, nota 17; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, *op. cit.*, p. 191; WACKE, A., «La autocontratación en el derecho de representación romano y moderno», *AAMN*, T. 29, 1990, p. 266.

⁴¹ Así lo hacen el artículo 1395 Codice Civile, el artículo 261 Código Civil Portugués y el § 181 BGB.

⁴² DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 200.

Así, volviendo al ejemplo anterior, en la constitución de la sociedad podría existir conflicto de intereses si las negociaciones entre los futuros socios no estuvieran cerradas y fuera la voluntad del representante la que determinara los derechos o privilegios de los socios u otros elementos esenciales del contrato de sociedad (valor de las aportaciones, cuota de participación, etc.), pues en este caso el representante podría favorecer o primar el interés de uno de sus representados en perjuicio del otro⁴³.

En este sentido, la RDGRN de 14 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4455) señala:

«Aun cuando en los contratos de tipo asociativo no es tan patente la presencia de una contraposición de intereses entre las partes como en los onerosos con obligaciones recíprocas, no por ello queda excluida aquella posibilidad»⁴⁴.

⁴³ NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, p. 62; Díez-Picazo, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 213.

⁴⁴ No obstante, para denegar la inscripción de la escritura de constitución de una sociedad por autocontratación del compareciente, la Dirección General exige que se identifique el concreto conflicto de interés que se produce. En este sentido, la RDGRN de 5 de julio de 2011 (RJ 2011, 5958) revoca la nota de calificación negativa de la registradora mercantil que entendió que existía autocontratación, sin que se hubiera salvado por el correspondiente acuerdo de las juntas generales, en un supuesto en el que un único otorgante interviene en representación de dos sociedades mercantiles, como administrador único de ambas, y constituye una sociedad de responsabilidad limitada en la que se designa como administrador único al mismo compareciente. La Dirección General afirma que para denegar la inscripción la registradora debería haber concretado dónde se producía el conflicto de intereses. Así, dispone: «Para resolver la cuestión planteada debe tenerse en cuenta que no es lo mismo contemplar la situación de autocontratación, o de doble o múltiple representación, cuando se trate de contratos onerosos con recíprocas obligaciones entre las partes, en los que por su naturaleza hay intereses contrapuestos, que cuando se trate de contratos asociativos, en los que concurren declaraciones convergentes para consecución de un fin común. En definitiva, el propio concepto de negocio societario excluye en principio la confrontación de intereses de las partes que lo celebran, al concurrir una causa social común orientada a la consecución del fin social. Así, prevalece la satisfacción del interés común sobre una eventual confrontación de los intereses de las partes.

Debe señalarse asimismo que si pudiera entenderse que, en relación con un aspecto concreto de dicho negocio, puede llegar a verificarse la existencia de un conflicto de intereses entre representante y representado o entre varias personas representadas por un mismo representante, porque se antepongan los intereses de alguno de ellos a los de los otros, deberá determinarse y concretarse dicho conflicto por parte de la registradora, sin que pueda deducirse automáticamente su existencia por el simple hecho de que ambos socios fundadores fueran personas jurídicas y hubieran sido representadas por la misma persona física. Más aún, la propia naturaleza del negocio asociativo, carente de sinalagma y en el que existe una declaración de voluntad de las partes en la misma dirección, impediría incluir el presente supuesto en el ámbito de la autocontratación (...) En el presente recurso, que debe ceñirse al defecto tal como ha sido formulado en la calificación impugnada (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria), ha de tenerse en cuenta que la registradora se limita a expresar que con el otorgamiento de la escritura calificada se produce una colisión de intereses. Sin embargo, no se aprecia en la calificación ningún examen o valoración, a la vista del concreto negocio fundacional y del estatuto de cada socio, que atienda más que a la dimensión cualitativa –su concreta posición–, para determinar las circunstancias que de forma patente revelen la existencia de conflicto de intereses. Ello supone que la objeción que figura en la nota recurrida ha de rechazarse “a limine”».

2. LA DOBLE O MÚLTIPLE REPRESENTACIÓN DE LOS PADRES

En el ámbito de la representación legal de los padres el legislador estatal no ha tenido en cuenta el posible conflicto de intereses que puede producirse en el caso de que el padre represente en un negocio jurídico a dos o más de sus hijos que tengan entre ellos intereses enfrentados o contrapuestos⁴⁵.

Los arts. 162.2 y 163 CC, a diferencia de lo que establece el artículo 221.2 CC para los supuestos de tutela⁴⁶, no prevén el nombramiento de defensor judicial cuando el conflicto de intereses no se produzca entre el padre y el hijo, sino entre los hermanos que deben ser representados por su padre.

Por ello, la doctrina mayoritaria admite la actuación representativa del padre que en el mismo negocio jurídico interviene en nombre de dos o más de sus hijos, aunque los hermanos tengan entre ellos intereses contrapuestos⁴⁷.

Así, valdrá la actuación representativa del padre que intervenga en nombre de varios de sus hijos en la división material de una cosa común, o en la partición de una herencia atribuida a los mismos, siempre que el progenitor no estuviera llamado a la herencia a título personal⁴⁸.

⁴⁵ Dicha posibilidad, por el contrario, sí que ha sido prevista en el reciente Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, que aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón, cuyos arts. 13. 2 y 28.2 disponen: «2. Cuando en el mismo acto varios menores o incapacitados, que habrían de ser asistidos por la misma persona, tengan intereses contrapuestos, se nombrará a cada uno de ellos un defensor judicial».

De igual manera, el artículo 320 *in fine* del Codice Civile señala que si surge conflicto de intereses patrimoniales entre los hijos sometidos a la misma patria potestad, el juez deberá nombrar un defensor judicial para representar a los menores.

⁴⁶ El precepto prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar «representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses».

⁴⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia*, Madrid, 1989, p. 541; LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, Barcelona, 1984, pp. 748 y 749.

No obstante, como señala ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La representación legal de los hijos menores*, Madrid, 1999, p. 44, la doctrina no es unánime. Así, algunos autores han defendido que debería nombrarse un defensor judicial porque los padres no podrían representar a uno de sus hijos sin entrar en conflicto con el interés de los otros, o bien porque no parece lógico obligar a que sean los titulares de la patria potestad los que decidan sobre el conflicto de intereses que afecta a sus hijos. Sin embargo, nosotros entendemos que precisamente los padres serán los que se encontrarán en mejor posición para resolver el conflicto existente entre los hijos.

⁴⁸ FLUME, W., *El negocio jurídico*, 4.ª ed., traducción de MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. y GÓMEZ CALLE, E., Madrid, 1998, pp. 944 y 945, respecto de la aplicación en la partición de herencia de la regla general prohibitiva de la autocontratación en el Derecho alemán (§ 181 BGB), señala que «puesto que los coherederos a propósito de una partición celebran negocios entre sí, cada menor debe estar representado separadamente, es decir, debe designarse, dado el caso, un curador para cada uno».

El legislador entiende que dados los vínculos familiares entre el representante y todos y cada uno de sus representados, el conflicto de intereses queda diluido, y no es previsible que el padre ejerza su representación a favor de uno u otro de sus hijos y en perjuicio del resto, pues el vínculo familiar es idéntico respecto de todos ellos.

No obstante, el propio legislador es consciente de que el afecto o predilección que el padre tenga sobre cada uno de sus hijos puede no ser el mismo y, de hecho, al regular la herencia establece la posible desigualdad en la atribución de los bienes hereditarios a los hijos o descendientes a través de la institución de la mejora (arts. 823 y ss. CC).

Sin embargo, al no estar previsto el nombramiento de defensor judicial cuando los padres actúen en nombre de dos o más de sus hijos con intereses contrapuestos entre sí, debe valer la actuación representativa realizada por los progenitores en nombre de cada uno de los hermanos⁴⁹.

3. LA VINCULACIÓN INDIRECTA DE LOS PATRIMONIOS DE LOS REPRESENTADOS REALIZADA POR EL REPRESENTANTE COMÚN

Cuando la vinculación de los patrimonios de los representados no se realiza de modo directo a través de un negocio jurídico en virtud del cual el representante constituye alguna relación jurídica entre ellos, sino que la relación o vinculación se produce de modo indirecto, no habrá *stricto sensu* autocontratación, aunque es evidente que sí que podrá existir un conflicto de intereses y, a efectos prácticos, las consecuencias deberán ser las mismas que si el representante hubiera incurrido en autocontratación.

Nos referimos a los casos en los que, por ejemplo, un representante en nombre de una sociedad solicita un préstamo, y actuando en nombre de otra sociedad, que también está representada por él, otorga hipoteca sobre una finca propiedad de esta última en garantía de la deuda de la primera sociedad⁵⁰.

⁴⁹ Como señalan LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos de Derecho Civil IV, op. cit.*, pp. 748 y 749, nombrar en estos casos un defensor judicial sería forzar el texto de la Ley, y, además, tampoco lo exige una estricta razón de justicia pues parece razonable entender que, en la mayoría de las ocasiones, serán los padres los que más interés tendrán y los que se encontrarán en mejores condiciones para dirimir el conflicto de intereses entre sus propios hijos. Véase también PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia, op. cit.*, p. 541.

⁵⁰ PRADES LÓPEZ, J., «Pólizas mercantiles y autocontrato», *CDCo*, núm. 52, 2009, p. 234, pone el siguiente ejemplo: «Prestatario Sr. A y fiador-pignorante Sra. B, madre del primero, que está representada por su hijo, Sr. A, en virtud de poder general (con facultades para avalar y pignorar sin salvar el posible «autocontrato»». En este caso, el autor señala

En estos casos, el representante no vincula de modo directo el patrimonio de sus representadas, puesto que no se ha celebrado ningún negocio jurídico entre estas posiciones, sin embargo, de modo indirecto u oblicuo, a través de la celebración de un negocio con un tercero (el contrato de fianza o la constitución de hipoteca a favor del prestamista), sí que ha llegado a vincular los patrimonios de sus representadas de tal manera que existe conflicto de intereses entre ambas⁵¹.

Como decimos, en estos supuestos, las consecuencias jurídicas deben ser las mismas que las establecidas para la autocontratación.

Así, en la RDGRN de 20 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 6406)⁵², una misma persona en nombre de una sociedad reconoció una deuda frente a otra sociedad ajena a él, y, para garantizar dicha deuda, en nombre de una tercera sociedad, de la que también tenía la representación, constituyó hipoteca sobre dos fincas propiedad de esta última a favor de la sociedad acreedora.

Como se ve, el vínculo jurídico (la constitución de la hipoteca en garantía de deuda ajena) se produce entre una de las sociedades representadas por la misma persona y otra por completo ajena al mismo, pero, evidentemente, en el caso está latente un manifiesto conflicto de intereses entre las sociedades representadas por el mismo sujeto. La DGRN denegó la inscripción de la hipoteca.

La resolución dice:

«[E]n el supuesto debatido los datos enjuiciados no revelan necesariamente que exista autocontrato, como expresión referida a la hipótesis en que una persona por su sola actuación da origen a una relación contractual entre dos patrimonios distintos cuya titularidad o representación ostenta; el actor, actuando en nombre de dos sujetos distintos, no procede a vincularlos entre sí de modo directo, sino a cada uno de ellos con un tercero (...) ahora bien, no puede ignorarse que esta relación de subordinación y accesoriedad entre los dos negocios celebrados, recíprocamente dependientes y económicamente contrapuestos (es innegable tanto la repercusión de la prestación de la garantía en la concesión del crédito y en sus condiciones, como el sacrificio patrimonial actual que la hipoteca implica para el propietario gravado, aun antes de su efectividad)

que aunque el apoderado no vincula *prima facie* su patrimonio con el de su madre, «resulta evidente la conexión entre ambos patrimonios», por ello entiende que el poder es insuficiente.

⁵¹ BLASCO GASCÓ, F., «Comentario a la RDGRN de 20 de noviembre de 1989», *CCJC*, núm. 22, 1990, p. 40, señala que en estos casos, en puridad, no hay autocontrato, aunque se manifiesta claramente un conflicto de interés. En parecido sentido, WACKE, A., «La autocontratación en el derecho de representación...», *op. cit.*, p. 248, señala que en estos casos, «dado que el apoderado no coopera personalmente en la asunción de la garantía, no procede la prohibición del autocontrato», aunque el autor reconoce que con ello se «perjudica igualmente el interés» del representado.

⁵² En el repertorio Aranzadi la resolución aparece con fecha de 20 de septiembre.

provoca, en el caso debatido, una situación similar a la que subyace en la figura del autocontrato «*stricto sensu*» y que es la que determina las cautelas y prevenciones con que ésta es considerada jurídicamente; efectivamente, en ambos casos, una persona con su sola actuación compromete simultáneamente los intereses de dos patrimonios cuya representación ostenta, en forma tal que no queda garantizada la independencia necesaria entre los procesos de formación de cada una de las voluntades negociales emitidas.»

Más recientemente, la RDGRN de 31 de mayo de 2012 (RJ 2012, 7946) resuelve un supuesto idéntico⁵³. El administrador único de dos sociedades mercantiles formaliza escritura de hipoteca en garantía de crédito (un préstamo), siendo una de las sociedades de las que era administrador único la prestataria, y la otra la hipotecante no deudora.

Presentada al Registro la escritura la registradora califica negativamente el documento por entender que existe una situación de conflicto de intereses, requiriéndose que la operación sea aprobada por la Junta General de la sociedad hipotecante.

La Dirección General confirma la nota de calificación señalando:

«Ciertamente, como ha dicho este Centro Directivo en relación con el supuesto de las hipotecas constituidas en garantía de deuda ajena (cfr. Resoluciones de 20 de septiembre de 1989 [RJ 1989, 6406] y 14 de julio de 1998 [RJ 1998, 5968]), en tales casos cuando en la misma persona concurre el doble carácter de prestatario y de representante del dueño del bien hipotecado (y lo mismo debe decirse en los casos de múltiple representación cuando una misma persona sea representante de ambos), el autor del negocio no vincula los respectivos patrimonios de deudor e hipotecante de modo directo, pues su sola actuación da origen a una relación contractual entre cada uno de ellos y un tercero (el acreedor), y si bien las relaciones así establecidas guardan una conexión de principalidad-accesoriedad, en la fase anterior al desenvolvimiento de la hipoteca puede no darse ningún vínculo jurídico directo entre deudor e hipotecante (...) Ahora bien, como pusieron de manifiesto las Resoluciones de reciente cita “no puede ignorarse que esta relación de

⁵³ En el mismo sentido puede verse la RDGRN de 13 de febrero de 2012 (RJ 2012, 5945). En el caso decidido por esta Resolución, dos administradores mancomunados, que lo eran de dos sociedades distintas, solicitaron de una entidad financiera un préstamo con carácter solidario a favor de las dos sociedades, y en garantía del préstamo constituyeron hipoteca sobre una finca que era propiedad exclusiva de una sola de las mercantiles prestatarias. La registradora calificó negativamente el documento por entender que existía conflicto de intereses o autocontratación que no se había salvado. La Dirección General confirma la nota de calificación y entiende que no es posible la inscripción parcial del título (inscribir el derecho de hipoteca únicamente en relación con la obligación solidaria de la sociedad hipotecante), como pretendía el recurrente, porque la inscripción parcial solicitada desnaturalizaría el negocio celebrado, puesto que el Registro publicaría que la hipoteca garantiza una obligación no con pluralidad de deudores, como originariamente se había acordado, sino con un deudor único, transformándose, así, uno de los elementos esenciales de la obligación (los sujetos).

subordinación y accesoriedad entre los negocios jurídicos celebrados, recíprocamente dependientes y económicamente contrapuestos (es innegable tanto la repercusión de la prestación de la garantía en la concesión del préstamo y en sus condiciones, como el sacrificio actual que la hipoteca implica para el propietario gravado, aún antes de su efectividad) provoca, en el caso debatido, una situación similar a la que subyace en la figura del autocontrato *stricto sensu* y que es la que determina las cautelas y prevenciones con que ésta es considerada jurídicamente; efectivamente, la sola actuación del representante da lugar a la existencia de una situación de incompatibilidad de intereses entre los propios de aquél y los del representado, en la que no se asegura que en el negocio de garantía haya sido considerado exclusivamente lo más conveniente y beneficioso para el patrimonio gravado; se incide así en la cuestión del ámbito de las facultades representativas conferidas al apoderado y, en este sentido, tanto el criterio de interpretación estricta que ha de regir en la materia (art. 1713 del Código Civil) como la aplicación analógica de las soluciones legalmente previstas para casos similares (vid. arts. 221.2.º del Código Civil y 267 del Código de Comercio) imponen la necesidad de específica autorización para la inclusión en los poderes conferidos de la hipótesis considerada; en otro caso, la insuficiencia de facultades del apoderado viciaría el negocio y determinaría su ineficacia respecto del patrimonio del representado (artículos 1727 del Código Civil y 247 y 253 del Código de Comercio), sin perjuicio de la posible sanación posterior si mediase la ratificación".»

En parecido sentido puede verse la RDGRN de 1 de junio de 1999 (RJ 1999, 4191).

En el caso resuelto por esta resolución, constituyó la hipoteca una persona que actuaba al mismo tiempo como apoderado de los hipotecantes (un matrimonio) y, por otra parte, como administrador de la sociedad mercantil cuya deuda garantizaba la hipoteca. El poder concedido por los hipotecantes al apoderado le autorizaba para «constituir hipoteca en garantía de cualquier crédito o préstamo que pueda solicitar y obtener el apoderado, con los pactos, cláusulas y condiciones que tenga por conveniente».

La resolución señala que no tenía razón el registrador al entender que el poder era insuficiente para constituir la hipoteca en garantía de una deuda ajena, porque autorizaba claramente para ello, entendiendo que nos encontramos ante un caso de autocontratación permitida, pero, sin embargo, mantiene la suspensión de la inscripción porque el deudor garantizado no era el propio apoderado, como permitía el poder, sino una sociedad anónima de la que éste era administrador único.

Dice la resolución:

«[R]esulta, al contrario de lo señalado por el Registrador, que el mismo (el poder) faculta para constituir hipoteca en garantía de

deuda ajena –respecto a los hipotecantes– pero propia del Apoderado, dando lugar, por otra parte, a un supuesto de autocontratación permitida pues, como afirmó la Resolución de 1 de enero de 1943, aquella figura es admisible cuando el poderdante conceda al Apoderado las facultades necesarias con la vista puesta en el posible conflicto de intereses.

Tercero. Lo que ocurre en el caso debatido es que el deudor no es el propio Apoderado –supuesto previsto por el poderdante– sino una sociedad anónima respecto de la cual este último es Administrador único y, de acuerdo con lo dicho antes sobre el criterio de interpretación estricta de las facultades conferidas al Apoderado, debe confirmarse la insuficiencia del poder para el negocio realizado.»

VII. LA AUTOCONTRATACIÓN A TRAVÉS DE PERSONA INTERPUESTA

También existirá una situación de autocontrato cuando el representante intervenga en el negocio que realiza en nombre de su representado no directamente o por sí mismo, sino a través de persona interpuesta (por ejemplo, a través de una sociedad de la que sea socio mayoritario; o a través de un mandatario que le representa en ese negocio)⁵⁴.

O bien nombre a un subapoderado para que intervenga en nombre de su representado en el negocio jurídico que pretende realizar con éste⁵⁵.

En estos casos, a pesar de la aparente dualidad de posiciones jurídicas, es evidente que continúa existiendo un conflicto de inte-

⁵⁴ En ejemplo puesto por Díez-PICAZO, L., «La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios», *ADC*, 1965, p. 662, habrá una actuación prohibida cuando «B, en nombre y con poder de A, vende las cosas de éste a C, que previamente está de acuerdo con B, como fiduciario o mandatario suyo».

⁵⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La prohibición de autocontratación...», *op. cit.*, p. 8; PRADES LÓPEZ, J., «Pólizas mercantiles y autocontrato», *op. cit.*, pp. 232 y 239; RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Sustitución del poder. Venta hecha por el sustituto a favor del apoderado sustituyente: Autocontratación. Calificación registral», *Revista Xurídica Galega*, 1992, pp. 30 y 34.

En el Derecho portugués, el artículo 261.2 del Código Civil señala: «A los efectos del número precedente, se considera celebrado por el representante el negocio realizado por aquellos en quienes hubieran sido sustituidos los poderes de representación.»

Refiriéndose al Derecho alemán, WACKE, A., «La autocontratación en el derecho de representación...», *op. cit.*, p. 248, contempla también esta posibilidad de actuación a través de persona interpuesta y señala que «el (sub) apoderado designado por el representante depende, sin embargo, de éste y se somete a sus instrucciones; el conflicto de intereses subsiste, por tanto, también aquí. La opinión dominante no permite este rodeo, como supuesto típico de fraude de ley, es decir, mediante interposición de persona». Véase también ENNECERUS, L., *Derecho Civil (Parte General)*, en ENNECERUS, L., KIPP, T. y WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil*, T. I, Vol. II, con notas de PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., Barcelona, 1981, p. 479.

reses entre el representante y su representado y, por lo tanto, debe considerarse que existe una situación de autocontratación, con las consecuencias que ello conlleva.

En el derecho positivo, el artículo 1459 CC establece las prohibiciones de compra que contempla tanto para el caso de adquisiciones «*por sí*», como por «*persona alguna intermedia*»⁵⁶.

En la jurisprudencia, puede verse la STS de 19 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2584) en la que el marido, en nombre de la sociedad de la que tenía poderes vende varias parcelas a su mujer, con la que estaba casado en régimen de gananciales. El Tribunal Supremo declara la ineficacia de estas adquisiciones.

Dice la sentencia:

«Ciertamente que quien compra es persona distinta de aquél, pero la adquisición se realiza en favor de la sociedad de gananciales de ambos, cuyos bienes están sujetos a su gestión y disposición. Para la inversión de dinero ganancial tan legitimados están uno como otro, siempre que ambos consientan (art. 1375 CC), luego es erróneo considerar que el mandatario nada tiene que ver con la compradora, cuando ésta ha actuado obviamente con su consentimiento. En realidad, el mandatario compra para su sociedad de gananciales por medio de su esposa. Otra cosa equivaldría a sancionar un fraude de ley, dando eficacia jurídica a la compra de la esposa con fundamento en que su personalidad jurídica es distinta de la de su esposo.»

Otro ejemplo lo encontramos en la STS de 28 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1783).

En el caso resuelto por esta sentencia, una persona física era socia mayoritaria (con el 63,24 % de las acciones), y administradora única de una sociedad anónima (Comercial Oil, S.A.). Al mismo tiempo, era socia constituyente, administradora única y titular de noventa y nueve de las cien participaciones en que se dividía otra sociedad de responsabilidad limitada (Oil 2000, S.L.) dedicada al mismo objeto social que la anterior (explotación de estaciones de servicio). La persona física celebró contrato de

⁵⁶ Respecto del significado y estudio histórico de la curiosa expresión que utiliza el precepto: «*persona intermedia*», diversa a la contemplada en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, que se refieren a «*persona interpuesta*», véase Díez-PICAZO, L., «La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios», *op. cit.*, pp. 659 a 661. Como señala el Profesor PICAZO, en una primera aproximación podría parecer que la expresión *persona intermedia* se refiere a una adquisición previa a la realizada por la persona afectada por la prohibición, a diferencia de la expresión *persona interpuesta* que proyecta su aplicación al ámbito de la simulación. Sin embargo, el autor rechaza esta interpretación por absurda (v. gr. prohibiría al tutor adquirir el bien que ya no es titularidad del pupilo pero que lo fue alguna vez) y concluye que se trata de un caso de interposición real de persona y no de interposición ficticia de persona o simulación, es decir, que el sujeto afectado por la prohibición no podrá comprar el bien al adquirente intermedio, pero sólo si éste lo adquirió como mandatario o fiduciario suyo.

arrendamiento de una estación de servicio entre las dos sociedades, actuando al propio tiempo como legal representante de la sociedad arrendadora (Comercial Oil, S. A.) y de la sociedad arrendataria (Oil 2000, S. L.), de la que era titular prácticamente en exclusiva.

Tanto en primera instancia como en apelación se decretó la nulidad del contrato de arrendamiento. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia⁵⁷.

De igual modo, en la RDGRN de 21 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3931) el administrador de la sociedad compradora que, a su vez, había sido apoderado por los dueños de unos bienes para su venta, otorga apoderamiento a un tercero, de tal modo que en el otorgamiento de la escritura de compraventa no interviene él solo, sino que interviene como vendedor representante de los dueños y por la sociedad compradora lo hace el apoderado que en el número anterior de protocolo recibió del mismo administrador el poder para comprar precisamente esos bienes concretos respecto de los cuales el administrador tenía poder de los dueños para vender.

La DGRN entiende que hay autocontratación, y dice:

«No cambia el régimen de la operación si la persona en quien concurre el doble carácter indicado interviene en ella sólo como representante de los dueños y, en cambio, en representación de la Sociedad interviene no el Administrador sino otra persona, pero con un poder para comprar precisamente los bienes concretos que el Administrador tiene el poder para vender y cuando ocurre que ese poder para comprar depende de la voluntad del Administrador, como tal, en su origen (el Administrador es el que ha elegido la persona que ha de actuar por la Sociedad en la compra de esos determinados bienes), en su mantenimiento (el Administrador único puede en cualquier momento revocar el poder que él otorgó) y en su ejercicio (el mandatario de la Sociedad ha de arreglarse a las instrucciones que se le den a través del Administrador único). En estas condiciones puede decirse que el acto resultante aparece decidido, respecto de una y otra parte contratante, por una misma persona.»

⁵⁷ En el caso resuelto por la STS de 22 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 9047) el consejero delegado de una sociedad anónima celebró en nombre de ésta como vendedora unos contratos de compraventa a favor de otra sociedad que actuó como compradora representada por otra persona. Se demandó la nulidad de los contratos de compraventa porque el consejero delegado que realizó la venta dominaba la sociedad compradora, de la que era presidente del consejo de administración y consejero delegado, aunque en el contrato de compraventa no intervino él personalmente, sino otro consejero delegado de la compradora. Véase también en este sentido la STS de 3 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 9747).

VIII. SUPUESTOS EN LOS QUE ES ADMISIBLE LA AUTOCONTRATACIÓN

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Como hemos visto, en el Derecho español la regla general es la prohibición de la autocontratación y, en consecuencia, la ineficacia del negocio jurídico realizado incurriendo en ella⁵⁸.

Sin embargo, teniendo en cuenta los supuestos de autocontratación que se producen en el tráfico jurídico, deben intentar concretarse aquellos casos en los que, por diversas razones, y como excepción a la regla general, deba permitirse la autocontratación.

Para intentar fijar los límites dentro de los cuales puede válidamente producir sus efectos el autocontrato debe tenerse en cuenta si la autocontratación se produce en la esfera de la representación legal o, por el contrario, si se produce en el ámbito de la representación voluntaria u orgánica.

A nuestro entender, en el primer supuesto los límites deben ser interpretados con mayor rigor, pues no es únicamente un interés particular o privado el que subyace en las normas que prohíben al representante legal (padre, tutor o curador) actuar cuando hay conflicto de interés con su representado.

Son intereses públicos, fundados, por otra parte, en profundas convicciones sociales, los que prohíben que el padre o tutor intervenga en nombre de su hijo o pupilo cuando exista conflicto de interés entre ellos (arts. 162.2, 163, 221, 237 bis y 299 CC).

Y, por otra parte, es evidente que el representado no ha tenido ninguna intervención en el otorgamiento de las facultades representativas al representante.

Por ello, las limitaciones para la válida actuación del representante legal en los supuestos de conflicto de interés deben observarse con mayor rigor y, por otra parte, deben ser más drásticas las consecuencias jurídicas del incumplimiento por el representante de

⁵⁸ Como señala TORRES ESCÁMEZ, S., «Revocación de poder y autocontrato. Comentario a la RDGRN de 6 de diciembre de 1994», *ADC*, 1996, p. 383, la línea doctrinal y jurisprudencial clásica en España «considera ineficaz el autocontrato en base a la aplicación analógica de algunas normas prohibitivas que se contemplan para supuestos en que se da una contraposición de intereses». Véase también ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La prohibición de autocontratación...», *op. cit.*, p. 5.

FLUME, W., *El negocio jurídico*, *op. cit.*, p. 944, refiriéndose al Derecho alemán, sigue la misma idea: «en general, el negocio consigo mismo es ineficaz si no se da una excepción prevista en la ley», y en la página siguiente afirma: «lo cierto es que, por regla general, existe peligro de colisión de intereses. De ahí que para evitar la inseguridad del tráfico jurídico sea adecuado prohibir en general el negocio consigo mismo».

las prohibiciones de incurrir en conflicto de intereses con el representado menor o incapaz.

Por el contrario, en el ámbito de la representación voluntaria u orgánica el interés que subyace en la prohibición de la autocontratación es un interés privado, fundado en la necesidad de que el representante actúe con la lealtad debida en la función que tiene encomendada⁵⁹.

Además, al menos en la representación voluntaria, ha sido el representado el que ha propiciado que el representante pueda intervenir en el tráfico jurídico afectando a su esfera de intereses.

Por ello, sería posible considerar con algo más de flexibilidad los límites para entender válida la actuación representativa que incurra en autocontratación y, por otra parte, como veremos, deberán ser otras las consecuencias jurídicas aplicables al negocio concluido por el representante voluntario u orgánico en la autocontratación no permitida⁶⁰.

⁵⁹ La doctrina, al igual que el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado, han considerado aplicable el régimen de la representación voluntaria (art. 1459.2 CC) a los gerentes y administradores de sociedades. En este sentido, DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, *op. cit.*, p. 75; DE CASTRO, F., «El autocontrato en el Derecho privado español», *op. cit.*, p. 432; GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS, J., «La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RDP*, 1960, p. 458; NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, p. 102; HERNÁNDEZ MARTÍ, J., «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la sociedad anónima», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, T. II, Valencia, 1995, p. 1722; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, *op. cit.*, pp. 131 y 132.

Así, la RDGRN de 27 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9690) desestima el recurso contra la denegación de la inscripción de una compraventa en la que la misma persona intervino en representación de la sociedad vendedora y, a la vez, como comprador, y señala: «es evidente que la comparecencia de una persona física con aquella doble condición determina un supuesto de autocontratación no permitido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1459 del Código Civil».

En contra, LLEBOT MAJÓ, J. O., *Los deberes de los administradores en la sociedad anónima*, Madrid, 1996, p. 106, considera que «sobre los administradores ya no pesa la prohibición que establece el artículo 1459.2 CC», sino que dicha prohibición ha sido sustituida por el deber general de lealtad derivado del antiguo artículo 127.1 LSA. Una fundada crítica de tal posición puede verse en ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La prohibición de autocontratación...», *op. cit.*, pp. 10 y ss.

⁶⁰ Incluso DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, *op. cit.*, p. 144, llega a defender que las consecuencias sancionadoras de la prohibición de la autocontratación en la representación voluntaria únicamente deberían aplicarse cuando el negocio jurídico ha producido realmente un daño concreto y efectivo al representado. Véase la misma autora en «Comentario a la RDGRN de 29 de abril de 1993», *CCJC*, núm. 31, 1993, p. 366.

Sin embargo, parece más razonable entender que el mero riesgo de lesión en cualquier modalidad de representación debe ser suficiente para que se aprecie la existencia del conflicto de intereses y para que se aplique el régimen jurídico que le sea propio. Como señala NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, p. 54, las «normas que disciplinan el conflicto de intereses actúan en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva. Por ello no será preciso un daño actual en el patrimonio del representado, sino que bastará con la posibilidad de que éste se produzca». En idéntico sentido, SEOANE DE LA PARRA, M., «La autocontratación en materia de sociedades», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 111, 2005, p. 19.

2. SUPUESTOS EN LOS QUE ES ADMISIBLE LA AUTO-CONTRATACIÓN EN LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA U ORGÁNICA.

No es fácil enumerar de modo taxativo los supuestos en los que sea válida la autocontratación en la esfera de la representación orgánica o voluntaria. Desde luego, habrá que estar al caso concreto, pero, con carácter general, puede afirmarse que el autocontrato producirá válidamente todos sus efectos cuando quede acreditado que no existe conflicto de intereses entre el representado y el representante⁶¹.

Así, es posible enumerar una serie de supuestos genéricos en los que el conflicto de intereses no existirá o bien, de existir, el representado habrá asumido voluntaria y conscientemente el riesgo que ello conlleva para su posición patrimonial.

2.1 Negocios jurídicos gratuitos estipulados a favor del representado

El primer supuesto en el que podemos entender que no existe conflicto de intereses entre el representante y el representado es la celebración de negocios jurídicos gratuitos en los que el sacrificio patrimonial que conlleven se produzca en la esfera jurídica del representante.

El ejemplo más claro sería la donación realizada por el representante en calidad de donante y aceptada por éste en nombre del representado como donatario.

En estos supuestos, la esfera jurídica del representado no resulta perjudicada porque, por esencia, la donación supone un incremento patrimonial del donatario y una disminución del patrimonio del donante⁶².

⁶¹ Señala DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, op. cit., p. 210, que la autocontratación será válida por lo menos en dos supuestos concretos: cuando exista autorización del representado y cuando «se da una total inexistencia de incompatibilidad de intereses entre representante y *dominus negotii* con plena exclusión de la posibilidad de riesgo de abuso o conflicto».

⁶² Como señalan DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Madrid, 2001, p. 306, SAVIGNY vio la esencia de la donación «en un empobrecimiento del patrimonio del donante y un correlativo enriquecimiento del patrimonio del donatario». Véase también ROCA I TRÍAS, «Contratos traslativos del dominio a título gratuito: La donación», en LÓPEZ-MONTÉS-ROCA, *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 2001, p. 411.

No obstante, ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentario a los artículos 618 y ss.», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P., (Dir.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid, 1993, p. 1574, considera que también habrá donación cuando falte totalmente el enriquecimiento efectivo porque exista una carga que iguale o supere al valor de lo donado, porque la esencia de la

Incluso aunque la donación sea onerosa, esto es, imponga al donatario algún gravamen o carga, no habrá conflicto de intereses entre el donante y el donatario representado por el anterior, pues, por definición, si nos encontramos ante una donación, el valor del gravamen o carga tiene que ser inferior al valor de lo donado (art. 619 CC)⁶³.

Tampoco existirá conflicto de interés aunque el donante se reserve la facultad de disponer de alguno o algunos de los bienes donados o de alguna cantidad con cargo a ellos y el donatario, actuando representado por aquél, acepte esta donación⁶⁴. O bien, se reserve el usufructo donando la nuda propiedad; o done el usufructo reservándose la nuda propiedad (art. 640 CC). O, finalmente, tampoco existirá conflicto de intereses aunque el representante establezca alguna causa de reversión de la donación dentro los límites permitidos por el artículo 641 CC.

En definitiva, por la propia esencia de los negocios jurídicos gratuitos, cuando el beneficiario de los mismos sea el representado, aunque intervenga únicamente en su otorgamiento el representante, no habrá conflicto de intereses y, en consecuencia, no habrá autocontratación prohibida y deberán ser tenidas como válidas todas las consecuencias del negocio jurídico realizado⁶⁵.

El caso más típico de los negocios jurídicos gratuitos es la donación, pero el representante podría realizar válidamente otros

donación para este autor es «la de dar gratuitamente sin contraprestación». En cualquier caso, el donatario únicamente respondería de la carga hasta el valor de lo recibido.

⁶³ ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentario a los artículos 618 y ss.», *op. cit.*, p. 1579, considera que en el caso «de que el gravamen absorba el valor total del bien, el acto, sin dejar de ser donación» estará sometido a la aplicación total de las reglas sobre los contratos onerosos, por no haber enriquecimiento.

⁶⁴ No obstante, NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, p. 55, señala que podría entenderse que sí que hay conflicto de intereses cuando existe reserva de la facultad de disponer sobre la totalidad de los bienes donados, puesto que el donatario tiene que pagar los impuestos correspondientes a la donación, más los gastos y tributos que conlleva la propiedad y, sin embargo, puede verse privado de la cosa donada.

A nuestro entender, los gastos y tributos que conlleva la propiedad no deben considerarse como perjuicios del donatario, pues son inherentes a la posibilidad de uso y disfrute de las cosas que integra el derecho de propiedad. Distinto es el caso del impuesto de donaciones. De cualquier manera, si no se llegara a hacer uso de dicha facultad, quedarán de propiedad del donatario los bienes o la cantidad que se hubiese reservado el donante (art. 639 CC).

⁶⁵ En este sentido, el artículo 261 del Código Civil Portugués considera que sería válido el negocio celebrado consigo mismo cuando «por su naturaleza excluya la posibilidad de un conflicto de intereses». El § 181 BGB no excepciona de la autocontratación prohibida el caso de la donación o los negocios jurídicos gratuitos, sin embargo, como señala WACKE, A., «La autocontratación en el derecho de representación...», *op. cit.*, p. 248, «hoy se reconoce que para todos los negocios exclusivamente ventajosos para los representados hay que configurar *praeter legem* una tercera excepción a la prohibición de autocontratación del § 181 BGB». Véase también ENNECCERUS, L., *Derecho Civil (Parte General)*, *op. cit.*, p. 479, que se refiere a los negocios «que sólo aportan una ventaja jurídica al representado».

contratos en beneficio del representado que son normal o esencialmente gratuitos: así, podría realizar un contrato de comodato (art. 1740 CC) siempre que el representante ocupara la posición de comodante y el representado la de comodatario; podría recibir en depósito una cosa del representado con la obligación de guardarla y custodiarla sin pactar precio por ello (art. 1760 CC); podría realizar un préstamo sin interés al representado y aceptarlo en nombre de éste (art. 1740 CC); o podría ceder en precario alguna finca rústica o urbana de su propiedad al representado (cfr. artículo 1750 CC y 250.1.2.º LEC).

De igual modo, el representante podría concertar en nombre del representado algún otro contrato que no fuera normal o esencialmente gratuito, pero en el que no se hubiera establecido retribución alguna a su favor. Así, podría celebrar en nombre del representado un contrato (atípico) de prestación de servicios sin retribución, en el que el representante fuera el prestador de los servicios y el representado el beneficiario de los mismos.

En todos estos casos, aunque formalmente existe autocontratación (el representante actuará en su propio nombre y en nombre y representación del representado), sin embargo, al no existir conflicto de intereses entre las posiciones jurídicas de representante y representado esta actuación deberá entenderse válida y producirá la totalidad de sus efectos jurídicos, de tal manera que si, posteriormente a la perfección del contrato, el representante quisiera desvincularse del mismo, únicamente podrá conseguirlo con el consentimiento del representado.

En este sentido, y en un supuesto de representación legal, se pronunció la STS de 5 de noviembre de 1956 (RJ 1956, 3430).

En el caso resuelto por esta sentencia, un padre donó en escritura pública la nuda propiedad de tres fincas a sus hijos menores de edad por partes iguales y en proindiviso, reservándose el usufructo vitalicio para sí y para su mujer. El propio donante, en nombre de los hijos menores y como representante legal de los mismos aceptó la donación. Al cabo del tiempo, el padre donante pretendió revocar las donaciones alegando, en primer lugar, que se trataba de donaciones *mortis causa* y, por lo tanto, revocables y, además, que se había incurrido en la figura de la autocontratación. Se desestimaron ambas pretensiones.

En lo que se refiere a la autocontratación, señala la sentencia que el Código Civil limita la necesidad de defensor judicial a aquellos supuestos en los que exista incompatibilidad o contradicción entre el padre y el hijo, por lo que debe entenderse la plena validez representativa de la actuación del padre cuando no existe dicha

contradicción, y en el caso contemplado «ni se dice cuál sea esa oposición de intereses entre el padre recurrente y los hijos demandados, ni en qué consista el perjuicio que con un acto esencialmente lucrativo, como la donación, haya podido inferirse a éstos, que por otra parte, y alcanzada ya su mayoría de edad, serían los únicos asistidos del derecho de invocarlo».

2.2 Negocios jurídicos cuya reglamentación haya sido predis- puesta por el *dominus negotii* o se establezca sin interven- ción del representante

Tampoco existirá conflicto de intereses en el contrato celebrado por el representante en su propio nombre y en nombre del repre- sentado si los elementos esenciales del contrato en cuestión hubie- ran sido preestablecidos por el representado, o bien se hubiera indi- cado que los fijara un tercero ajeno al representante, o se tratara de contratos en los que determinados elementos se establecen por imposición legal o por determinadas cotizaciones oficiales⁶⁶.

Así, por ejemplo, no existirá autocontratación prohibida cuan- do el representante compre lo que el representado le ordenó vender, pero el precio de las mercancías se establezca de modo oficial o con relación a determinado índice ajeno al control del represen- tante: precio en relación a la cotización máxima en bolsa en un determinado día; precio medio que resulte de una campaña en la zona a la que se refiera el contrato, etc. (cfr. art. 1448 CC)⁶⁷.

⁶⁶ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, op. cit., p. 213; DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, op. cit., p. 153, que se refiere a los contratos normados y a los contratos en masa; DELGADO TRUYOLS, Á., «La doble o múltiple representación y el autocontrato...», op. cit., p. 346; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La prohibición de autocontratación...», op. cit., p. 6; CABANAS TREJO, R., «Comentario a la RDGRN de 14 de mayo de 1998», *La Notaría*, junio 6/1998, p. 361.

⁶⁷ Véase LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M., «Comentario al artículo 1459», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P., (Dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Madrid, 1993, p. 905.

Problemático sería, por tanto, el supuesto de venta de una vivienda de protección oficial sin desafectar, puesto que, formal y legalmente, el precio está tasado pero el tráfico jurídico demuestra que esta limitación legal no se cumple. Además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular es pendular e incierta, y últimamente ha basculado desde entender la nulidad parcial del contrato de compraventa en cuanto al precio fijado [STS de 15 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1442)], a entender que el contrato valdrá civilmente y, por lo tanto, el vendedor podrá exigir al comprador el precio convenido aunque sea superior al tasado legalmente, con independencia de las consecuencias administrativas que pueda comportar la infracción de vender la vivienda por encima del precio máximo legal [SSTS de 19 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9771) y 16 de julio de 2001 (RJ 2001, 5225)]. Sin embargo, la STS de 14 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3027) ha declarado la nulidad de las cláusulas contenidas en los contratos de arrendamiento de VPO que establecían rentas superiores a las permitidas por la legislación, con inquietantes consecuencias prácticas; véase al respecto CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Madrid, 2010, p. 741.

Si la referencia fuera a la cotización en un día determinado en el que existiera una cotización máxima y mínima, y no se hubiera establecido que el precio se referirá a la cotización máxima, parece que por las reglas aplicables en nuestro ordenamiento jurídico el precio debería ser la media entre las dos cotizaciones (*arg. ex art. 1167 CC*).

Tampoco existirá autocontratación si el precio de los productos fue determinado previamente por el representado al ordenar la venta, o bien se estableció su fijación por un tercero ajeno al control del representante (*cf. art. 1447 CC*).

En todos estos supuestos, como se ve, la intervención del representante en la fijación de la reglamentación del contrato queda total o sustancialmente restringida y, por lo tanto, no pudiendo el representante establecer de modo unilateral el programa obligacional del contrato, sino que el mismo estará previamente establecido o será fijado de modo heterónomo, parece que también en estos casos se evita el conflicto de intereses y, en consecuencia, deberá considerarse válido el negocio celebrado por el representante en su propio nombre y en nombre del representado⁶⁸.

En este sentido se pronuncia la RDGRN de 14 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4455). En el caso resuelto por la DGRN, una persona otorgó poderes a otra para que actuara en su nombre en la constitución de una sociedad, pero no le otorgó poderes para autocontratar o para incurrir en conflicto de intereses.

El representante concurrió a la constitución de la sociedad en su propio nombre y en nombre y representación del representado.

El Registrador Mercantil suspendió la inscripción por «no prever el poder la posibilidad de autocontratación».

La DGRN entiende que en este caso no hay conflicto de intereses, pues aunque no se había autorizado expresamente la autocontratación, todos los elementos esenciales de la sociedad estaban previamente determinados por el poderdante y, en consecuencia, se eliminó dicho conflicto.

Dice la Resolución:

«[E]s generalmente admitida la viabilidad de la autocontratación cuando aquel riesgo lo asume el representado o las facultades conferidas son tan precisas que lo excluyen. Se dará el primer supuesto cuando el potencial perjudicado haya consentido o autori-

En estos casos, evidentemente, habrá que estar a la realidad de las cosas y entender que el representante no puede adquirir la vivienda de protección oficial del representado por el precio establecido en la legislación.

⁶⁸ El artículo 1395 Codice Civile establece que será válido el contrato celebrado consigo mismo cuando «*el contenido del contrato esté determinado de tal modo que se excluya la posibilidad de conflicto de intereses*».

zado a su representante para autocontratar o actuar como representante múltiple, siendo un claro ejemplo de ello en el ámbito mercantil la licencia al comisionista que excluye la prohibición de autoentrada del artículo 267 del Código de Comercio. Y habrán desaparecido los riesgos por la previa concreción que de su posición en el negocio haya hecho el representado a través de la determinación de sus elementos o, al menos, de aquellos en los que pudiera darse el conflicto de intereses, al punto de hacer intrascendente la identidad de las restantes partes que intervengan en el mismo.

Y ésta es la situación que se da en el supuesto que ahora se contempla. La parte representada otorgó poder especial para serlo en la constitución de una concreta sociedad, con fijación de su capital, las participaciones en que habría de estar dividido y las que la representada habría de asumir, señalando igualmente cuál habría de ser su desembolso y el medio de realizarlo, extremos todos ellos a los que se atuvo en su actuación el apoderado. En esta situación el que el apoderado pase también a ser parte en el contrato como socio fundador, en modo alguno supone un riesgo para el representado, pues aunque en cuanto a otros extremos del mismo negocio como el fijar el contenido de los estatutos o el nombramiento de administrador las facultades conferidas eran genéricas, son éstos parte del contenido negocial donde no puede apreciarse de entrada un riesgo para el apoderado desde el momento en que no tienen ya el carácter de pacto contractual irrevocable, sino que forman parte de su contenido organizativo que queda supeditado a la voluntad social a través de los acuerdos de la Junta general, carácter que se da en concreto al nombramiento de administrador, y para la adopción de los cuales y en la misma representación aparece también facultado el apoderado»⁶⁹.

2.3 Actuaciones jurídicas que impliquen únicamente el cumplimiento de una obligación previa o se trate de actos de pura ejecución

Tampoco existirá conflicto de intereses cuando el representante se limite a realizar en nombre del representado y a favor del propio representante o de un tercero del que también ostente la representación, alguna actuación jurídica que simplemente suponga el cum-

⁶⁹ Como se ve, la resolución entiende que no hay conflicto de intereses aun cuando las cláusulas autorizadoras de la redacción de los estatutos fueran genéricas. Sin embargo, como bien señala OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., «El autocontrato en la constitución de sociedades...», *op. cit.*, p. 239, el conflicto de intereses entre representado y representante podría producirse siempre que «por vía estatutaria se altere o asimetricamente la proporcionalidad entre la participación social y los derechos políticos y económicos inherentes a la misma, o siempre que se establezcan o regulen de manera asimétrica las obligaciones de los socios». En el mismo sentido, CABANAS TREJO, R., «Comentario a la RDGRN de 14 de mayo de 1998», *op. cit.*, p. 362.

plimiento de una obligación previamente establecida por el representado, o bien se trate de actos de pura ejecución⁷⁰.

En estos casos nos encontramos ante el mero cumplimiento por el representante de una obligación válida y previamente establecida por el representado, por lo que aun cuando se incurra en autocontratación no habrá conflicto de intereses (por ejemplo, el pago de una deuda vencida, líquida y exigible).

En este sentido, el § 181 BGB admite que el representante pueda concertar un negocio consigo mismo en nombre del representado cuando dicho negocio jurídico consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación.

La justificación del precepto es clara. Como señala el Prof. Wacke «puesto que el representante debe con todo cumplir su obligación, y a tal efecto puede ser forzado también judicialmente, no es de temer en este sentido un conflicto de intereses»⁷¹.

Por ello, la cuestión no es tan sencilla cuando nos referimos al pago de una obligación natural, de una deuda prescrita, al pago anticipado o por compensación⁷².

Respecto de estas situaciones, a nuestro entender, existirá autocontratación prohibida en la realización por el representante de todos aquellos pagos que no sean exigibles de modo inmediato, bien porque el derecho no concede acción para reclamarlos (obligaciones naturales), bien porque la acción ha prescrito o porque todavía no ha llegado a nacer⁷³.

2.4 Autorización del *dominus negotii* para que el representante pueda autocontratar

En el ámbito de la representación voluntaria u orgánica también quedará excluido el conflicto de intereses entre representante y representado y, por lo tanto, podrá aquél celebrar negocios consigo

⁷⁰ En este sentido, DELGADO TRUYOLS, Á., «La doble o múltiple representación y el autocontrato...», *op. cit.*, p. 346, se refiere al supuesto en el que el representante se limita a «elevar a públicos acuerdos ya adoptados y certificados por un órgano social no integrado exclusivamente por él mismo, del cual emana la voluntad contractual».

⁷¹ WACKE, A., «La autocontratación en el derecho de representación...», *op. cit.*, p. 247, quien afirma que esta excepción a la prohibición de autocontratación ya estaba presente en el Derecho romano clásico.

⁷² DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, *op. cit.*, pp. 149 y ss.

⁷³ ENNECCERUS, L., *Derecho Civil (Parte General)*, *op. cit.*, p. 477, entiende que también hay que excluir que exista estrictamente el cumplimiento de una obligación en la dación en pago, o en las obligaciones aún no vencidas, no accionables o desvirtuadas por una excepción, a menos que el representante en su cualidad de tal no pague, sino que se limite a recibir.

mismo en nombre de éste, cuando el representado le hubiera autorizado para ello⁷⁴.

Como hemos indicado anteriormente, en este tipo de representación el interés que se pretende proteger al prohibir los supuestos de autocontratación es un interés meramente particular o privado, que debe concretarse esencialmente en que el representado tenga conocimiento efectivo de la actuación que puede desplegar en su nombre el representante⁷⁵.

Por lo tanto, si el *dominus negotii* autorizó al representante para realizar algún negocio jurídico aun cuando existiera conflicto de intereses entre ambos o incurriendo en supuestos de autocontratación, los recelos que pueden manifestarse en punto a la aceptación del autocontrato quedan disipados, pues el propio representado consintió la actuación del representante a pesar de la existencia del conflicto de intereses y, por lo tanto, tratándose de derechos disponibles por el representado, el negocio jurídico debe ser válido.

Por ello, el artículo 267 CCo permite al comisionista encargado de vender comprar para sí las mercancías objeto del encargo si tuviere licencia del comitente para ello⁷⁶.

Y, aunque el artículo 1459.2 CC no contemple la misma excepción para el mandatario encargado de vender, la doctrina y la jurisprudencia entienden que el precepto es norma dispositiva y, por lo tanto, si el mandatario está autorizado para autocontratar, será válida la compra que haga de los bienes que le encargaron vender⁷⁷.

⁷⁴ Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, op. cit., pp. 209 y 210; el mismo autor en «La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios», op. cit., p. 657; DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, op. cit., p. 88; DELGADO TRUYOLS, Á., «La doble o múltiple representación y el autocontrato...», op. cit., p. 347; BLASCO GASCÓ, F., «Comentario a la DGRN de 20 de noviembre de 1989», op. cit., p. 38; BADENAS CARPIO, J. M., *Apoderamiento y representación voluntaria*, op. cit., pp. 275 y 294; GOMÁ SALCEDO, J. E., «Fiducia cum creditore. Autocontratación», op. cit., p. 268; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., «Comentario al artículo 1713», op. cit., pp. 2978 y 2979; NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Suficiencia del poder: Autocontratación, negocio indirecto», *RJN*, núm. 8, 1993, pp. 210 y 211; SERNA MEROÑO, E., «Comentario al artículo 1259 CC», op. cit., p. 553.

⁷⁵ La RDGRN de 3 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 7933) dice: «[L]a doctrina mayoritaria interpreta los artículos 1459.2.º del Código Civil y 267 del Código de Comercio como preceptos concordantes, de lo que se desprende que el comitente o el mandante se hallan investidos desde luego del poder jurídico de autorizar previamente o de ratificar la autocompra verificada por sus respectivos comisionistas o mandatarios, ya que tales previsiones legales se dirigen únicamente a proteger intereses privados que no pueden oponerse a la libre reglamentación que de los mismos ordenen sus titulares». Véase también la RDGRN de 15 de junio de 2004 (RJ 2004, 5483).

⁷⁶ En idéntico sentido, el artículo 1395 Codice Civile permite la autocontratación cuando el representado lo hubiera autorizado específicamente. También salvan la autocontratación cuando hay autorización del representado el § 181 BGB y el artículo 261 del Código Civil Portugués.

⁷⁷ GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS, J., «La prohibición de compra a los encargados de vender...», op. cit., p. 461, considera que la excepción contenida en el artículo 267 CCo para que el comisionista pueda comprar para sí no obedece a una «razón

En este sentido, la STS de 19 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2584) dispone:

«La sentencia recurrida simplemente aplica el artículo 6.3.º CC, lo cual esta Sala no puede aceptar en coherencia con su doctrina de que el mandante puede autorizar previamente la autocontratación o ratificar posteriormente lo hecho por el mandatario. Si la norma es imperativa (no otro es el presupuesto del artículo 6.3º), no tiene sentido que mediante esa autorización o ratificación pueda quedar sin efecto; o el artículo 1459.2.º es norma imperativa o es dispositiva, lo que es inadmisibles es que sea una cosa y al mismo tiempo su contraria. Además, el propio legislador demuestra que no tiene naturaleza imperativa, al permitir en el artículo 267 Código de Comercio la llamada “autoentrada” del comisionista»⁷⁸.

En consecuencia, estando el representante autorizado para autocontratar o realizar negocios incluso en los supuestos de conflicto de interés con el representado, el negocio realizado incurriendo en autocontratación será, en principio, válido.

Con claridad, la RDGRN de 14 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4455) señala:

«[E]s generalmente admitida la viabilidad de la autocontratación cuando aquel riesgo lo asume el representado o las facultades conferidas son tan precisas que lo excluyen. Se dará el primer supuesto cuando el potencial perjudicado haya consentido o autorizado a su representante para autocontratar o actuar como representante múltiple, siendo un claro ejemplo de ello en el ámbito mercantil la licencia al comisionista que excluye la prohibición de autoentrada del artículo 267 del Código de Comercio»⁷⁹.

de derecho particular o de clase profesional», sino a «razones generales a un tiempo de equidad y de eficacia en beneficio del tráfico jurídico y de los mismos interesados», y, en consecuencia, esta licencia también podría otorgarse en el supuesto previsto en el artículo 1459.2 CC.

Véanse también SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., «Comentario al artículo 1459», en PASQUAU LIAÑO, M., (Dir.), *Jurisprudencia Civil Comentada*, T. II, Granada, 2000, p. 2624; PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al artículo 1459», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Pamplona, 2001, p. 1687; LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M., «Comentario al artículo 1459», *op. cit.*, p. 905; DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, *op. cit.*, pp. 90 y ss.; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, *op. cit.*, p. 111; NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, pp. 50 y 117; POU AMPUERO, F., «Autocontrato», *RJN*, núm. 55, 2005, p. 213; RODRÍGUEZ PINTO, M. S., *Autocontratación y conflictos de intereses...*, *op. cit.*, p. 31.

⁷⁸ Igualmente, la RDGRN de 29 de abril de 1993 (RJ 1993, 3010) considera que el artículo 1459.2 CC es un precepto que admite que los interesados pacten lo contrario. Véase el comentario a esta resolución de DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., «Comentario a la RDGRN de 29 de abril de 1993», *op. cit.*, p. 365.

⁷⁹ En idéntico sentido se pronuncian las RRDGRN de 3 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 7933); 15 de junio de 2004 (RJ 2004, 5483) y 17 de noviembre de 2000 (RJ 2001, 865). Véanse también las SSTS de 29 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 7322) y de 12 de junio de 2001 (RJ 2001, 5058), con abundante cita jurisprudencial.

El representante que autocontrató no se habrá extralimitado en el ejercicio del poder de representación que se le otorgó, pues se le concedió licencia para incurrir en autocontratación.

Cuestión diversa es que pueda producirse un caso de abuso del poder de representación, es decir, un supuesto en el que se ejercita el poder de representación de manera desviada respecto de la finalidad o los intereses que motivaron el otorgamiento del poder⁸⁰.

En este sentido, la RDGRN de 8 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7927) estima el recurso contra la negativa del registrador a inscribir un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos en el que únicamente compareció el alimentante. La resolución entendió que en este caso el autocontrato estaba autorizado por el poder, que permitía ejercer las facultades contenidas en el mismo «aunque se incida en la figura jurídica de la autocontratación». Sin embargo, la resolución advierte de lo siguiente:

«Naturalmente cuanto antecede no implica que el hecho de haber concedido tal dispensa no permita la posibilidad de que el poderdante –o, en su caso, sus herederos– reaccione ante el posible abuso que cometa su representante al autocontratar, por cuanto que aquél tiene abierta la vía jurisdiccional para impugnar los negocios abusivos que haya podido concertar su apoderado, ya que la dispensa no puede ser interpretada como una renuncia anticipada al ejercicio de las acciones correspondientes»⁸¹.

Este abuso al que nos referimos, evidentemente, puede producirse tanto en el ejercicio de los poderes de representación que conceden licencia para incurrir en autocontratación como en todos los demás que no conceden esa autorización⁸².

⁸⁰ Como señala Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, op. cit., p. 198, «el abuso del poder de representación presupone la existencia formal del poder y la actuación del apoderado dentro de los límites del poder. Implica, sin embargo, una utilización del poder de representación para una finalidad distinta de la perseguida por el poderdante y en función de unos intereses distintos de los del poderdante». Véanse también LEÓN ALONSO, J., «Comentario al artículo 1714», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P., (Dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Madrid, 1993, p. 1537; BADENAS CARPIO, J. M., *Apoderamiento y representación voluntaria*, op. cit., p. 279; COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a, *La ratificación*, Granada, 2000, p. 27; RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La representación», en LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A. y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil*, I, Vol. 3, Barcelona, 1984, p. 304, que se refiere al ejercicio del poder «en contra del interés del dominus, o al margen de sus instrucciones, aun dentro de los límites del poder».

En supuestos de autocontratación, véanse las SSTs de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 4764) y 8 de enero de 2007 (RJ 2007, 812).

⁸¹ En idénticos términos puede verse la RDGRN de 15 de junio de 2004 (RJ 2004, 5483).

⁸² Por ejemplo, el caso del cónyuge que utilizando los poderes generales de su consorte otorgados recíprocamente en el momento inicial del matrimonio y en los que, como ocurre normalmente, se incluye la facultad de donar bienes del poderdante, dona bienes de éste a la persona con la que actualmente mantiene el apoderado una relación sentimental extramatrimonial [véase, sin embargo, la STS de 4 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10389)].

En principio, el negocio jurídico concluido por el apoderado dentro de los límites formales del poder de representación debe ser válido frente a terceros aunque el representante hubiera incurrido en abuso del poder de representación o ejercicio desviado del mismo y ello con independencia de las consecuencias que en la relación interna entre representado y representante pueda producir la actuación de este último. Sin embargo, en aquellos casos en los que el tercero fuera consciente o hubiera debido conocer que el ejercicio del poder de representación se ejercitaba de manera inadecuada, el negocio debería ser ineficaz⁸³.

Por el contrario, el representante voluntario u orgánico que no estuviera autorizado para ejercer sus facultades incurriendo en autocontratación no podrá celebrar contratos consigo mismo en nombre de su representado, pues, como hemos visto, la regla general es que la atribución de las facultades en los poderes de representación o en la normativa que resulte de aplicación no autoriza al representante para intervenir en los supuestos en los que exista conflicto de intereses.

En este sentido, la RDGRN de 22 de mayo de 2012 (RJ 2012, 7937) dice:

«Y para el supuesto en que concurre esta figura (el conflicto de intereses), es doctrina consolidada que en la atribución genérica de las facultades o poderes no está comprendido el caso en que en la operación estén en oposición los intereses de una y otra parte. En la defensa de intereses contrapuestos es regla, confirmada por el artículo 267 del Código de Comercio que sólo habrá poder suficiente si la persona de quien se reciben los poderes o facultades

Recientemente, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Apoderamiento y donación (El mandato general para donar “*cui voles et quid voles*”», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente Montés Penadés*, t. I., Valencia, 2011, pp. 1273 y ss., manifiesta serias y fundadas dudas sobre la validez y eficacia del poder general e ilimitado que incluye la facultad de donar bienes del poderdante. No obstante admitir la difícil compatibilidad entre la ilimitada delegación para donar (*qui voles et quid voles*) con los caracteres propios del *animus donandi* que deben concurrir en toda donación (de ahí que el artículo 778 Codice Civile, establezca que es nulo el mandato que otorgue la facultad de designar la persona del donatario o de determinar el objeto de la donación), seguramente los problemas prácticos no se producen tanto por las facultades concretas que se incluyen en el poder (que podrían referirse también a la realización de donaciones en nombre del poderdante, si es que, de verdad, lo deseara éste), sino por la ligereza e innecesaria amplitud con que normalmente se otorgan dichos poderes en el tráfico, lo que se compadece mal con los intensos efectos patrimoniales que dicho apoderamiento puede producir al poderdante. Así, no es infrecuente que para autorizar a una persona a comparecer en nombre de otra en un contrato específico (por ejemplo, en la compraventa de una vivienda) se otorguen poderes generales con varias páginas de facultades absolutamente innecesarias para lo que se pretende, ni que luego dichos poderes se guarden en cajones, a la espera de un incierto destino.

⁸³ Ineficacia que Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, op. cit., p. 199, configura como un supuesto de nulidad por causa ilícita.

correspondientes da para ello licencia o autorización especial. En otro caso, el acto realizado sería considerado nulo, sin perjuicio de su ratificación por la persona a cuyo nombre se otorgó (cfr. artículos 1259 y 1727.2 del Código Civil).»

Adviértase que el tratamiento jurídico de rigor que sufre la llamada autocontratación no se debe a obstáculos conceptuales o de carácter dogmático (en base a la cuestión sobre si cabe que el contrato puede estar integrado por una sola declaración de voluntad), sino a razones materiales de protección de los intereses en juego (dada la necesaria defensa de los intereses de los representados en que se produce un conflicto de intereses por corresponder a una misma persona la representación de intereses contrapuestos) (...) Según la jurisprudencia, la doctrina científica mayoritaria y el criterio de este Centro Directivo (cfr. Resolución de 3 de diciembre de 2004 [RJ 2004, 7933]), el apoderado sólo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por su principal o cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede «manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato» (cfr. respecto de esta última precisión, vid. las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956; 22 de febrero de 1958, y 27 de octubre de 1966; así como la Resolución de 2 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 10481]). Se trata así de evitar que el apoderado, por su sola actuación, comprometa simultáneamente los intereses patrimoniales de su principal y los suyos propios, objetivo legal éste del que existen diversas manifestaciones en nuestro Derecho positivo (cfr. artículos 162.2, 221 y 1459, números 1.º al 4.º, del Código Civil; 267 y 288 del Código de Comercio; 65 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; y 127 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre)».

En idéntico sentido, la RDGRN de 17 de noviembre de 2000 (RJ 2001, 865) señala:

«[E]s doctrina firme que en la atribución genérica de las facultades o poderes no está comprendido el caso en que en la operación estén en oposición los intereses de una y otra parte. Como la persona que tiene el doble cometido de vender y comprar debe defender, a la vez, intereses contrapuestos, es regla (que tiene su confirmación en el artículo 267 del Código de Comercio) que sólo habrá poder suficiente si la persona de quien se reciben los poderes o facultades de venta o de compra da para ello licencia o autorización especial. En otro caso, el acto realizado sería considerado nulo por falta de poder (cfr. artículo 1259 del Código Civil)»⁸⁴.

⁸⁴ En idéntico sentido, la RDGRN de 11 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8822) dice: «[P]ara estos supuestos (autocontratación) es doctrina sentada que en la atribución genérica de esos poderes o facultades (por muy precisas que sean) no está comprendido el

2.4.1 Forma y contenido de la autorización

No exige el artículo 267 CCo que la autorización otorgada por el comitente al comisionista para poder incurrir en autocontratación conste en forma determinada. Por ello, y por la aplicación general del sistema de libertad de forma previsto en nuestro ordenamiento jurídico (art. 1278 CC) entendemos que, si no existe norma específica que obligue a llenar forma determinada (cfr. arts. 162 y 220 LSC), la autorización del *dominus negotii* podrá ser tanto expresa como tácita, derivada esta última de hechos concluyentes (*facta concludentia*) de los que necesaria y directamente se derive que la voluntad del representado fue la de autorizar la posibilidad de que el representante en su actuación representativa pudiera incurrir, incluso, en autocontratación⁸⁵.

Cuando la autorización sea expresa será suficiente con que la facultad de autocontratación aparezca especificada con claridad como una modalización o un particular contenido del poder otorgado al representante⁸⁶.

En este sentido puede verse la RDGRN de 8 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7927). La resolución resuelve un recurso en el que el registrador se negó a inscribir una cesión de bienes a cambio de alimentos realizada por el hijo actuando en representación de su

caso en que en la compraventa haya autocontratación y precisamente porque en la operación están en oposición de intereses una y otra parte. Como la persona que tiene este doble cometido –vender, comprar– debe defender, a la vez, intereses contrapuestos, es regla (que tiene su confirmación en el artículo 267 del Código de Comercio), que sólo habrá poder suficiente si la persona de quien se reciben los poderes o facultades de venta o de compra da para ello licencia o autorización especial. En otro caso, el acto realizado en nombre de los dueños y al tiempo de la sociedad sería considerado como acto nulo por falta de poder (cfr. artículo 1259 del Código Civil). Y como en los demás casos en que el contrato sea nulo por insuficiencia de poder, cabe la ratificación de las personas en cuyo nombre se otorgó. En el presente caso parece obligada la ratificación de ambas». Véase también la RDGRN de 21 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3931).

⁸⁵ Como señala DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, op. cit., p. 211, es posible pensar en alguna voluntad tácita autorizadora de la autocontratación «especialmente cuando sea conforme con los usos de los negocios generalizados en el correspondiente ramo o sector de que se trate». En este sentido, véanse los ejemplos indicados por FLUME, W., *El negocio jurídico*, op. cit., pp. 955 y 956. También ENNECERUS, L., *Derecho Civil (Parte General)*, op. cit., pp. 475 y 476, admite la autorización tácita e, incluso, entiende que la misma debe suponerse, por lo regular, cuando es habitual en el tráfico. Igualmente admiten la autorización tácita DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, op. cit., p. 107; NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», op. cit., p. 110; BADENAS CARPIO, J. M., *Apoderamiento y representación voluntaria*, op. cit., p. 294; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, op. cit., pp. 200 y 278.

En contra, ALVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., «Comentario al artículo 1713», op. cit., p. 2980, entiende que para que el autocontrato pueda producir efectos es preciso que la autorización del representado conste en poder expreso. De igual modo, refiriéndose al autocontrato en el ámbito societario, RUIZ-RICO RUIZ, C., *Autocontrato societario*, op. cit., p. 101.

⁸⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, op. cit., p. 211; DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, op. cit., p. 98.

madre a través de un poder general en el que se le permitía incidir en la figura de la autocontratación. El registrador entendió que no podía autorizarse la autocontratación en un poder general. La resolución estima el recurso.

En lo que aquí interesa, dice la resolución:

«[L]a autocontratación es válida y eficaz cuando viene precedida por la licencia o dispensa del poderdante, sin que sea preciso que tal licencia o dispensa reúnan especiales requisitos de forma.»

En idéntico sentido, la STS de 29 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 7322), dispone:

«[S]in que la previa autorización para contratar, aunque haya de constar con claridad, esté sujeta a requisitos especiales, por lo que salvo que otra cosa se disponga, no hay más exigencias que las del propio poder que modaliza, este criterio de flexibilidad formal es el que prevalece en la doctrina científica, en las decisiones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y en la jurisprudencia de esta Sala»⁸⁷.

La facultad para autocontratar o incurrir en conflicto de intereses no constituye un tipo autónomo de apoderamiento (no hay un poder para autocontratar, como sí lo hay para vender), sino que modaliza las facultades otorgadas en el propio poder⁸⁸.

En la representación voluntaria, tanto será válida una autorización concreta para el negocio jurídico que se pretenda realizar como una autorización genérica (como suele ser lo habitual), en la que se indique que el apoderado queda autorizado para ejercitar las facultades conferidas en el poder aun cuando incurra en autocontratación o incida en conflicto de intereses⁸⁹.

En los casos de doble o múltiple representación, la autorización válida para evitar el conflicto de intereses deberá ser emitida por todos y cada uno de los representados⁹⁰.

⁸⁷ Véanse también la STS de 12 de junio de 2001 (RJ 2001, 5058) y la RDGRN de 15 de junio de 2004 (RJ 2004, 5483).

⁸⁸ DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., «Comentario a la STS de 15 de marzo de 1996», *CCJC*, núm. 42, 1996, p. 906; DíEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 211; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, *op. cit.*, p. 199.

⁸⁹ En este sentido, RRDGRN de 3 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 7933) y 15 de junio de 2004 (RJ 2004, 5483). Véanse también HERRANDO DEPRIT, M., «Sobre el autocontrato. Criterios de la DGRN», *El Notario del siglo XXI, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, www.elnotario.com, núm. 2, julio-agosto 2005, p. 2; DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., «Comentario a la RDGRN de 29 de abril de 1993», *op. cit.*, p. 366; BADENAS CARPIO, J. M., *Apoderamiento y representación voluntaria*, *op. cit.*, p. 295.

⁹⁰ NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, p. 106; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La prohibición de autocontratación...», *op. cit.*, p. 17; SEOANE DE LA PARRA, M., «La autocontratación en materia de sociedades», *op. cit.*, p. 19.

2.4.2 Especialidades de la autorización en la representación orgánica

En el ámbito de la representación orgánica, en las sociedades de capital es la junta general la que tiene el poder de conceder la autorización o licencia para que el administrador pueda incurrir en autocontratación o ejercer sus facultades representativas aun cuando incidiera en conflicto de intereses con la sociedad representada⁹¹.

Así se desprende de algunos preceptos que se refieren a los supuestos de autocontratación en el ámbito societario.

En efecto, el artículo 220 LSC señala: «En la sociedad de responsabilidad limitada el establecimiento o modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirán acuerdo de la junta general». También el artículo 162 LSC exige el acuerdo de la junta para conceder préstamos o créditos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera a los administradores.

Por ello, no sería válido el supuesto en el que el administrador de una sociedad otorgara poderes de representación permitiendo al apoderado autocontratar o incidir en conflicto de intereses con la sociedad representada.

Si el administrador único no puede autocontratar con la sociedad sin autorización de la junta general, tampoco puede autorizar al apoderado para que lo haga. El órgano competente para hacerlo es la junta general de la sociedad y no el administrador⁹².

Véase también la RDGRN de 2 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10491), y, refiriéndose a la ratificación posterior de todos los representados, la RDGRN de 21 de mayo de 1993 (1993, 3931).

⁹¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La prohibición de autocontratación...», *op. cit.*, p. 6; NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, p. 106; RUIZ-RICO RUIZ, C., *Autocontrato societario*, *op. cit.*, pp. 99 y ss.; SEOANE DE LA PARRA, M., «La autocontratación en materia de sociedades», *op. cit.*, pp. 18 y 19; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, *op. cit.*, pp. 125 y 126.

Sin embargo, RODRÍGUEZ BOIX, F., «Comentario a la resolución de 2 de diciembre de 1998», *La Notaría*, enero 01, 1999, p. 416, entiende que en los supuestos de existencia de consejos de administración puede emanar de éstos la autorización y no, necesariamente, de la junta general.

⁹² En este sentido, la RDGRN de 27 de febrero de 2003 (RJ 2003, 3053) resolvió un supuesto en el que el administrador único se pretendía otorgar poderes de representación a sí mismo en los que autorizaba la autocontratación. La Resolución desestimó el recurso señalando, en primer lugar, que no es posible la concesión por parte del administrador único de la sociedad de un poder a favor de sí mismo para representar a aquélla otorgándose facultades que ya ostentaba por razón de su cargo, haciendo referencia a las RRDGRN de 24 de junio de 1993 (RJ 1993, 5323) y 24 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 9448). Y, en lo que ahora interesa, señaló que no «cabe admitir que, como ocurre en este caso, al socaire de una representación voluntaria se estén autoatribuyendo a una persona facultades, como la de autocontratación, de las que en su condición de administrador carecería».

Y es que, como señala la RDGRN de 13 de febrero de 2012 (RJ 2012, 5945), «el administrador único, como representante orgánico de la sociedad sólo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por la Junta General o cuando por la

En principio, el acuerdo de la junta general autorizando la autocontratación del representante deberá adoptarse por mayoría simple (cfr. arts. 198 y 201 LSC), salvo que en los estatutos se hubiera previsto una mayoría cualificada para otorgar esta autorización o licencia al administrador⁹³.

Por la necesidad de adoptar un acuerdo para conceder la autorización al representante, es discutible que en el ámbito de la representación orgánica pueda valer una autorización tácita, es decir, derivada de hechos de la sociedad representada de los que se desprenda inequívocamente la voluntad de ésta (de su junta general) de conceder licencia a su representante para autocontratar o ejercer sus facultades incluso incurriendo en conflicto de intereses⁹⁴.

Igualmente, es discutible si en el ámbito de la representación orgánica puede valer una autorización de carácter genérico o, por el contrario, la junta tiene que autorizar de manera concreta cada supuesto en los que pueda incurrir en autocontratación o conflicto de intereses el representante de la sociedad.

La doctrina, de modo claramente mayoritario, entiende que la autorización de la junta tiene que concederse para cada concreto negocio jurídico⁹⁵.

estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede «manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato» (cfr. respecto de esta última precisión, vid. las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956, 22 de febrero de 1958 y 27 de octubre de 1966; así como la Resolución de 2 de diciembre de 1998). Se trata así de evitar que el administrador, por su sola actuación, comprometa simultáneamente los intereses patrimoniales de la sociedad y el suyo propio o los de aquélla y el tercero cuya representación ostente, objetivo legal éste del que existen otras manifestaciones en nuestro Derecho positivo (cfr. artículos 162.2.º, 221 y 1459, números 1.º al 4.º, del Código Civil; 267 y 288 del Código de Comercio; 65 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; y 127 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre)». Véase también la RDGRN de 31 de mayo de 2012 (RJ 2012, 7946).

⁹³ NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, p. 106; SEOANE DE LA PARRA, M., «La autocontratación en materia de sociedades», *op. cit.*, p. 20; MARIMÓN DURÁ, R., *La Asistencia Financiera...*, *op. cit.*, p. 150.

En las sociedades de responsabilidad limitada, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 190 LSC, si el administrador es socio, su voto deberá ser excluido del acuerdo y sus participaciones deberán ser deducidas del capital social para el cómputo de la mayoría.

⁹⁴ En este sentido, RUIZ-RICO RUIZ, C., *Autocontrato societario*, *op. cit.*, p. 101, entiende que «el acuerdo que autoriza el autocontrato es inconciliable con una posible aceptación derivada de hechos concluyentes, presuntivos de la voluntad social y constitutivos, en suma, de autorización tácita».

⁹⁵ Véase NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, p. 107, que señala diversas razones para oponerse a la autorización genérica; RUIZ-RICO RUIZ, C., *Autocontrato societario*, *op. cit.*, p. 103, entiende que la capacidad de la autorización para evitar el conflicto de intereses se resentiría si no se otorgara específicamente; SEOANE DE LA PARRA, M., «La autocontratación en materia de sociedades», *op. cit.*, p. 20.

Esta afirmación parece coherente con lo establecido en el artículo 162 LSC, que exige que la autorización de la junta general sea mediante «*acuerdo concreto para cada caso*».

No obstante estas reticencias doctrinales, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha admitido que también en el ámbito de la representación orgánica puede ser genérica la licencia o autorización para que el representante pueda incurrir en autocontratación⁹⁶.

En este sentido, la RDGRN de 3 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 7933) resuelve un supuesto en el que una misma persona, administrador único de dos sociedades de responsabilidad limitada, vende una finca de una de las sociedades a la otra. Se acompañan certificaciones de sendas juntas universales de ambas sociedades en las que, por unanimidad, se autoriza al administrador genéricamente a autocontratar. El registrador suspendió la inscripción de la venta por entender que era necesaria autorización concreta para el acto a realizar. El notario recurre y la DGRN estima el recurso.

Dice la resolución:

«La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, la doctrina científica y la de este Centro Directivo (cfr. Resolución de 15 de junio de 2004 [RJ 2004, 5483]) refiriéndose a la actuación de los apoderados, en los supuestos de representación voluntaria, han concluido que debe admitirse la autocontratación siempre que el apoderado esté autorizado expresamente para autocontratar, aunque tal autorización sea genérica, sin necesidad de que se trate de un poder concreto o para un acto determinado. Siendo ello así, no existen razones para concluir que, en el supuesto de representación orgánica, en el que la Junta específica o aclara que el poder del Administrador único incluye los supuestos de autocontratación no deba seguirse el mismo criterio.»

2.4.3 *Momento en el que debe concederse la autorización para autocontratar*

A nuestro entender, la autorización para dotar de validez al autocontrato necesariamente tiene que ser anterior al negocio jurídico realizado por el representante en su propio nombre y en nombre del representado.

Si la autorización se otorga por el *dominus negotii* una vez perfeccionado el contrato, en realidad no estaremos ante un supuesto de autorización de la autocontratación sino ante un caso de ratificación (posterior) del negocio jurídico realizado sin poder o sin poder suficiente para ello (art. 1259 CC).

⁹⁶ HERRANDO DEPRIT, M., «Sobre el autocontrato...», *op. cit.*, p. 2.

Aunque aparentemente parezca que los efectos que producen ambas situaciones (autorización previa o ratificación posterior) son los mismos, pues la ratificación tendrá eficacia retroactiva⁹⁷, sin embargo, existen algunas diferencias entre ambas situaciones que impiden, a nuestro entender, equipararlas.

En primer lugar, a efectos fiscales no existirá retroactividad, por lo que el impuesto de transmisiones patrimoniales se devengará con la ratificación y no con la perfección del negocio jurídico realizado sin poder o sin poder suficiente para su celebración.

Por lo tanto, si el negocio se hubiera autorizado previamente por el *dominus negotii* el impuesto se habría devengado en el momento mismo de su perfección por el representante (art. 49.1 Texto Refundido Ley del Impuesto de Transmisiones) y, en caso de ratificación, el impuesto se devengará en el momento de la ratificación (art. 49.2 Texto Refundido Ley del Impuesto de Transmisiones)⁹⁸.

En segundo lugar, aunque posteriormente se ratificara el negocio jurídico incurrido en autocontratación realizado sin autorización previa del *dominus negotii*, parece que el representante que celebró dicho negocio habrá infringido el artículo 1714 CC y, en su caso, el artículo 1459.2 CC, con las consecuencias en orden a la responsabilidad del mandatario que ello pueda acarrear (cfr. art. 1726 CC). Por el contrario, si el representante estaba autorizado, dichas infracciones no se produjeron.

Por otra parte, en el caso de autorización previa, es posible que el *dominus negotii* inste la nulidad del negocio jurídico realizado por su representante con abuso de poder, esto es, por la utilización

⁹⁷ Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, op. cit., pp. 238 y ss.; RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La representación», op. cit., p. 331; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La prohibición de autocontratación...», op. cit., p. 17; RODRÍGUEZ BOIX, F., «Comentario a la resolución de 2 de diciembre de 1998», op. cit., p. 417.

Por el contrario, GOMÁ SALCEDO, J. E., «Fiducia cum creditore. Autocontratación», op. cit., pp. 269 y 270, entiende que los efectos de la ratificación del «autocontrato celebrado con oposición de intereses y sin autorización del representado» no son retroactivos, el negocio, dice, «se entenderá confirmado, no desde su fecha, sino desde la de la ratificación (*ex nunc, no ex tunc*)».

⁹⁸ El artículo 49.2 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, bajo la rúbrica, «*Devengo*», dispone: «2. Toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la concurrencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquiera otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan».

Por lo tanto, hallándose la adquisición del *dominus negotii* en una situación de pendencia hasta su ratificación, sólo se devengará el impuesto en el momento en el que el representado ratifique el acto realizado sin su autorización.

Por el contrario, si el negocio contara con la previa autorización del *dominus negotii* se aplicaría el artículo 49.1 que establece que el impuesto se devengará: «a) En las transmisiones patrimoniales, el día en que se realice el acto o contrato gravado; b) En las operaciones societarias y actos jurídicos documentados, el día en que se formalice el acto sujeto a gravamen».

desviada del mismo en relación con la finalidad para la que se otorgó. Sin embargo, en el caso de ratificación, una vez realizada ésta, el representado ya no podrá instar la nulidad por abuso de poder, pues habrá consentido de modo expreso el concreto negocio jurídico realizado en su nombre por el representante.

Finalmente, aunque, como decimos, la ratificación tiene eficacia retroactiva, hay que tener presente que lo que en ningún caso podrá hacer es perjudicar los derechos de terceros de buena fe adquiridos entre el negocio jurídico realizado por el representante y la ratificación posterior [SSTS de 22 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7621) y 12 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8821)]⁹⁹.

Por ello, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha considerado que, a efectos registrales, esta retroactividad en ocasiones no se va a producir y, por lo tanto, si se presenta para su inscripción el negocio jurídico que incurra en autocontratación celebrado por el representante sin autorización, se suspende esta inscripción, y posteriormente se inscribe la ratificación¹⁰⁰, frente a terceros a los que pueda producir perjuicio, la fecha que se deberá tener en cuenta es la de la inscripción de la ratificación (en realidad, la de su asiento de presentación, cfr. artículo 24 LH) y no la del asiento de presentación del negocio jurídico no autorizado.

En este sentido se pronunció la RDGRN de 2 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10481). En el supuesto contemplado en esta resolución, el 25 de abril de 1995 se celebró contrato de compraventa de una finca entre dos sociedades que tenían los mismos consejeros delegados mancomunados.

En el contrato de compraventa intervinieron en representación de las sociedades compradora y vendedora sendos apoderados cuyos poderes para comprar y vender, respectivamente, fueron otorgados en la misma notaría, el mismo día de la venta, por los dos consejeros delegados mancomunados de las sociedades compradora y vendedora.

La escritura de compraventa se presentó en el Registro el día 17 de mayo de 1995, causando el correspondiente asiento de presentación.

⁹⁹ Para mayor detalle, véase COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a, *La ratificación*, *op. cit.*, pp. 512 y ss.

¹⁰⁰ Como señala NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, p. 126, la ratificación debe originar su propio asiento de presentación en el Registro de la Propiedad, porque no se trata meramente de un documento complementario del que contiene el negocio jurídico ratificado, sino que es un «otorgamiento sustancial y autónomo que incorpora su propia declaración de voluntad». En idéntico sentido, RODRÍGUEZ BOIX, F., «Comentario a la resolución de 2 de diciembre de 1998», *op. cit.*, p. 417.

El día 31 de mayo de 1995 se anotó preventivamente sobre la finca vendida una demanda en ejercicio de acción reivindicatoria interpuesta por un tercero.

Y el día 26 de junio de 1995 se elevaron a público los acuerdos de las juntas generales universales de las sociedades vendedora y compradora ratificando la escritura de compraventa de 25 de abril de 1995 (que se había presentado al Registro el 17 de mayo).

Presentada al Registro la escritura de ratificación de 26 de junio de 1995, los presentantes solicitaban la inscripción con la prioridad resultante del asiento de presentación (que no había caducado) causado por la escritura de venta de 25 de abril.

El Registrador deniega dicha inscripción con la prioridad solicitada.

La DGRN desestima el recurso en estos términos:

«[D]e conformidad con lo previsto en los artículos 1259 y 1727 del Código Civil, esa nulidad de lo actuado como poder insuficiente, no excluye la posibilidad de ratificación por el representado (en el caso debatido debe ser ratificado por ambas sociedades representadas), si bien es evidente que la misma no puede retrotraer su eficacia al tiempo de la celebración del autocontrato, cuando ello perjudique los derechos o legítimos intereses de un tercero. Del mismo modo que sin ratificación expresa o tácita, lo actuado por el representante con poder insuficiente no producirá ningún efecto en la esfera jurídica del representado, y ello sin necesidad de obtener una declaración judicial de nulidad de un acto que hasta entonces se reputaría válido (cfr. arts. 1725 y 1727 del Código Civil), tampoco puede pretenderse, en perjuicio de tercero, una eficacia retroactiva por la ratificación; se opone a ello no sólo el rechazo jurídico de la injustificada posición de ventaja que así adquirirá el representado sino, sobre todo, la regla básica de inexistencia de contrato sino desde que media, entre otros elementos sustanciales, el consentimiento de los contratantes (cfr. arts. 1261 y 1262 del Código Civil), produciéndose sus efectos a partir del momento de su perfección (cfr. art. 1258 del Código Civil).»

3. SUPUESTOS EN LOS QUE ES ADMISIBLE LA AUTO-CONTRATACIÓN EN LA REPRESENTACIÓN LEGAL

En el ámbito de la representación legal existen varios preceptos que prohíben la actuación del representante cuando existe conflicto de intereses con el representado.

Así, el artículo 162.2.º CC señala que los padres que ostentan la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, pero se exceptúan de dicha representación los actos «en que exista conflicto de intereses entre los padres y el

hijo». Y el artículo 163 CC señala que cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo se le deberá nombrar a éste un defensor judicial. Por su parte, el artículo 221 CC prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar: «1.º Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión. 2.º Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. 3.º Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título».

Por lo tanto, de igual modo a como hemos visto para la representación voluntaria, habrá que determinar en qué casos queda excluido el conflicto de intereses entre el representante legal y el representado a los efectos de poder admitir como válido algún supuesto de autocontrato.

Los casos de autocontratación que no supongan conflicto de intereses entre representante y representado deberán admitirse, pues el negocio jurídico realizado no va a redundar en perjuicio de los derechos del representado, que es lo que pretende garantizar la normativa tuitiva que hemos transcrito. Antes al contrario, alguno de ellos (por ejemplo, la donación), será indiscutiblemente beneficioso para el representado.

Algunos de los supuestos en los que puede admitirse la validez del autocontrato en los casos de representación legal son similares a los que hemos visto al estudiar la representación voluntaria. Pero otros, por razones obvias, no podrán concurrir en los supuestos de representación legal.

Así, por definición, no cabrá la autorización del representado para que el representante legal pueda autocontratar. En los casos que estamos contemplando el representado es un menor de edad o una persona incapacitada y, por lo tanto, no es posible que emita válidamente autorización de ningún tipo (art. 1263 CC).

De igual modo, tampoco cabrá la posibilidad de que el negocio jurídico otorgado por el representante legal en su propio nombre y en nombre del representado hubiera sido predispuesto previamente por el menor o el incapacitado y el representante se limite a darle cumplimiento¹⁰¹.

Sin embargo, parece claro que no existirá conflicto de intereses entre representante y representado cuando aquél realice un negocio jurídico gratuito en beneficio del representado (menor o incapacitado) y lo acepte en nombre de éste.

¹⁰¹ Salvo los supuestos en los que el incapacitado, con anterioridad a la declaración de incapacidad, hubiera establecido o prefigurado las bases del negocio jurídico.

Por lo tanto, si se tratara del otorgamiento de un negocio jurídico gratuito en el que el beneficiario fuera el representado, debe entenderse que el representante no incurrirá en autocontratación prohibida. Así, como vimos, se afirmó en la STS de 5 de noviembre de 1956 (RJ 1956, 3430).

De igual modo, entendemos que el representante legal también podrá actuar válidamente en su propio nombre y en nombre y representación del representado cuando se trate de realizar un negocio jurídico simplemente declarativo, sin trascendencia patrimonial directa o indirecta.

Así, por ejemplo, valdrá el negocio jurídico de división y adjudicación de herencia realizado por el representante legal del menor o incapacitado actuando en su propio nombre y en nombre de su representado si la partición de la herencia no se realiza adjudicando bienes concretos sino cuotas ideales sobre todos y cada uno de los bienes y derechos del caudal relicto en proporción a las cuotas hereditarias de cada uno de los herederos.

En este caso, no parece que la posición del representante sea opuesta a la del representado y, en consecuencia, entendemos que debería valer el negocio jurídico a pesar de la concurrencia manifiesta de autocontratación¹⁰².

Por el contrario, sí que podrán existir conflictos de intereses en la formación del inventario de los bienes integrantes del caudal relicto, sobre todo si hay que liquidar previamente la sociedad de gananciales del cónyuge difunto como paso previo a la división de la herencia del causante.

En este caso habría que determinar qué bienes son gananciales y cuáles privativos de los esposos y, evidentemente, en esa concreción está latente un manifiesto conflicto de intereses entre el cónyuge supérstite y los herederos del causante, que normalmente serán sus hijos y, si son menores de edad, estarán representados por el cónyuge supérstite¹⁰³.

También habrá conflicto de intereses cuando no sean todos los bienes del caudal relicto los que se adjudiquen en proindiviso ordinario entre los herederos interesados (menores o incapacitados y sus representantes legales), sino sólo alguno de ellos, sin hacer referencia a los demás¹⁰⁴.

¹⁰² En este sentido, NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, p. 91, con cita de las RRDGRN de 10 de enero de 1994 y 6 de febrero de 1995.

¹⁰³ ESPÍÑEIRA SOTO, I., «Autocontrato. Epicentro: Conflicto de intereses», www.notariosyregistradores.com, 11 de noviembre de 2004.

¹⁰⁴ En este sentido, la RDGRN de 11 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4121) revocó el auto del TSJ y confirmó la nota de la registradora en un supuesto en el que un heredero (sin poder para autocontratar) intervino en la partición hereditaria representando, ade-

Por el contrario, entendemos que podría valer la actuación del representante legal en la división de la cosa común aunque tanto él como su representado fueran comuneros si la división se realizara mediante su adjudicación a un tercero o a otro comunero a cambio de precio. En estos casos no parece que exista conflicto de intereses y, en consecuencia, el representante legal podría ejercer válidamente la representación¹⁰⁵.

IX. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA REALIZACIÓN DEL AUTOCONTRATO NO PERMITIDO

El Código Civil español no determina qué efectos jurídicos producirá el negocio concluido por el representante legal o voluntario incurriendo en conflicto de intereses con su representado o autocontratación no permitida¹⁰⁶.

A nuestro juicio, deben diferenciarse los supuestos de representación orgánica y voluntaria y los supuestos de representación legal.

En los supuestos de representación orgánica y voluntaria entendemos que cuando el representante incurre en conflicto de intereses o autocontratación no permitida está celebrando un negocio para el que no tiene poder de representación y, por lo tanto, debería

más, a otro heredero. El notario limitó el recurso respecto de la suspensión de la inscripción de una finca que se había adjudicado por partes iguales en proindiviso, aunque existían más bienes en la herencia.

La resolución reitera la doctrina general en materia de autocontratación, señalando que «la regla general es la de que el representante no puede actuar en este supuesto y únicamente lo puede hacer cuando está expresamente autorizado para ello, o esté autorizado para el acto específico en donde existe dicha contraposición, o bien, por la forma de actuar del representado (v. gr. cuando en una partición de herencia se adjudican a los herederos en proporción a sus cuotas hereditarias todos los bienes que componen la misma), resulta haberse resuelto con imparcialidad dicha representación». Sin embargo, en este caso no es válida la actuación del representante que incurrió en autocontratación porque no estaba autorizado para autocontratar y, aunque el recurso se limitara a la inscripción de la finca que se adjudicó por partes iguales, no salva la «contraposición de intereses, pues no todos los bienes de la partición se adjudican en la misma forma, y es el negocio jurídico participacional en su conjunto el que ha de calificar la Registradora».

¹⁰⁵ Véase NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, p. 79.

¹⁰⁶ Por el contrario, los arts. 1394 y 1395 Codice Civile establecen la sanción de anulabilidad para los negocios jurídicos celebrados por el representante incurriendo en conflicto de intereses o en autocontratación no permitida. También dispone la anulabilidad de tales negocios el artículo 261 del Código Civil Portugués.

Al igual que en el Derecho español, tampoco establece el § 181 BGB ninguna sanción. Sin embargo, la doctrina interpreta que el precepto establece una limitación del poder del representante y, en consecuencia, el acto realizado sin su autorización (es decir, extralimitándose del poder de representación) no sería nulo sino ratificable por el *dominus negotii*. Véanse HEINRICHS, H., «§ 181», en Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Munich, 1995, p. 175; FLUME, W., *El negocio jurídico*, *op. cit.*, p. 944.

aplicarse el artículo 1259 CC, que prevé de modo expreso esta situación.

Como hemos defendido en este trabajo, el poder de representación que se tenga sobre una persona no autoriza con carácter general para ejercer las facultades representativas concedidas por el representado o establecidas por la ley incurriendo en conflicto de intereses o autocontratación¹⁰⁷.

Así, el contrato celebrado por el representante sin tener la suficiente autorización podrá ser ratificado por el representado, pero si no lo ratifica no producirá ningún efecto, igual que cualquier otro contrato celebrado en nombre de una persona por quien no tiene poder (o no tiene poder suficiente) para vincular al supuesto representado¹⁰⁸.

A nuestro entender, aplicar a este supuesto el régimen jurídico de la anulabilidad, como se establece de modo expreso en otros ordenamientos jurídicos y, por influencia de éstos, ha defendido la doctrina española más reciente¹⁰⁹, obliga a tener que actuar al representado que, o bien interpone la demanda de anulación frente al negocio jurídico realizado indebidamente en su nombre por el representante, o verá como dicho negocio queda confirmado por el mero transcurso del tiempo.

¹⁰⁷ TORRES ESCÁMEZ, S., «Revocación de poder y autocontrato...», *op. cit.*, p. 383; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La prohibición de autocontratación...», *op. cit.*, p. 5; FLUME, W., *El negocio jurídico*, *op. cit.*, p. 944. Respecto de la representación orgánica, PRADES LÓPEZ, J., «Pólizas mercantiles y autocontrato», *op. cit.*, p. 237, señala que «es criterio común excluir del ámbito de la representación del administrador la posibilidad de “autocontratar” y, por tanto, es opinión también común entender que, si en el caso concreto concurren los requisitos del “autocontrato prohibido”, el administrador debe contar con la “específica autorización”».

¹⁰⁸ En este sentido se pronuncian DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 214; NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, p. 124; DELGADO TRUYOLS, Á., «La doble o múltiple representación y el autocontrato...», *op. cit.*, p. 349; HERRANDO DEPRIT, M., «Sobre el autocontrato...», *op. cit.*, p. 3; RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La representación», *op. cit.*, p. 334; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La prohibición de autocontratación...», *op. cit.*, p. 17; VERDERA SERVER, R., «La autocontratación en las fundaciones (los contratos entre la fundación y sus patronos y apoderados)», *RJN*, núm. 18, 1996, p. 139.

¹⁰⁹ DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, *op. cit.*, pp. 165 y ss., entiende que la sanción a este negocio jurídico debería ser la de la anulabilidad. En idéntico sentido se pronuncia RODRÍGUEZ PINTO, M. S., *Autocontratación y conflictos de intereses...», op. cit.*, pp. 252, 260, 276 y 319, que entiende que puede establecerse una sanción general de anulabilidad para todos los casos en que se produzca autocontratación no permitida, tanto en el ámbito de la representación orgánica o voluntaria como en el ámbito de la representación legal, con la única excepción del caso contemplado para el tutor en el artículo 221.1 CC, que la autora entiende que debería sancionarse con la nulidad absoluta por obedecer la norma a otros principios que los restantes párrafos del mismo precepto (pp. 277 y ss.). También defienden la sanción de la anulabilidad BADENAS CARPIO, J. M., *Apoderamiento y representación voluntaria*, *op. cit.*, p. 295; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, *op. cit.*, pp. 227 y 240 para el autocontrato en general y, para la autoentrada en la comisión mercantil, p. 293; y TOMÁS MARTÍNEZ, G., «La prohibición de autocontratación...», *op. cit.*, p. 166.

Más aún, el negocio jurídico anulable hasta que recaiga la declaración judicial de nulidad despliega la totalidad de sus efectos entre las partes del mismo (en este caso, entre el representante y el *dominus negotii* que no autorizó al primero para autocontratar).

Por ello, producirá también las consecuencias fiscales que le sean propias, y el representado (que no autorizó el negocio jurídico) resultará sujeto pasivo de los impuestos que graven el negocio, en especial del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados que, de entenderse que el negocio es simplemente anulable, se devengaría en el momento de su perfección por el representante sin autorización para autocontratar (arts. 2.1 y 49.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados)¹¹⁰.

Por otra parte, aun cuando se admitiera que el plazo para el ejercicio de la acción de anulación fuera de cuatro años, por ser el establecido con carácter general para todo tipo de anulabilidad¹¹¹, no parece claro el *dies a quo* de este plazo. ¿Desde cuándo debería empezar a correr el plazo para la interposición de la acción? ¿Desde la perfección del negocio jurídico por el representante, desde su consumación, desde que lo supo el representado, desde que cesó la representación?¹¹²

Además, de aceptarse la sanción de anulabilidad, el contrato se mantendría en una situación de incertidumbre jurídica durante un tiempo que, en ocasiones, podría ser excesivo, sobre todo si se aceptan las tesis que defienden también la anulabilidad para el autocontrato en el ámbito de la representación legal¹¹³, pues se supone que habría que esperar a la mayor edad del representado o a la adquisición de su plena capacidad para que éste pudiera ejercer la acción de anulabilidad y entre tanto el negocio jurídico realizado por su representante legal incurriendo en autocontratación produciría la plenitud de sus efectos jurídicos.

¹¹⁰ El artículo 2.1 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, dice: «*El Impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado, prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a su validez y eficacia*». Y el artículo 49.1 a) señala que el impuesto se devengará: «*En las transmisiones patrimoniales, el día en que se realice el acto o contrato gravado*».

¹¹¹ Plazo que debería ser de caducidad, arg. ex artículo 1301 CC.

¹¹² Sobre esta cuestión no se pronuncian con claridad los autores que con mayor amplitud y énfasis defienden la anulabilidad de estos negocios jurídicos realizados en régimen de autocontratación. Así, ni LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, op. cit., pp. 238 y ss., ni DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, op. cit., pp. 188 y ss., hacen referencia alguna al *dies a quo*. Tampoco hemos visto la cuestión en los otros autores que defienden la anulabilidad. Por su parte, RODRÍGUEZ PINTO, M. S., *Autocontratación y conflictos de intereses...*, op. cit., p. 370, señala que el plazo deberá contarse desde la fecha del acto o contrato o desde que se tuvo conocimiento de él.

¹¹³ Esta tesis es defendida por RODRÍGUEZ PINTO, M. S., *Autocontratación y conflictos de intereses...*, op. cit., pp. 260 y 413.

Finalmente, es evidente que la anulabilidad en nuestro ordenamiento jurídico se ha establecido para declarar la ineficacia de algunos contratos en los que concurren los requisitos esenciales previstos en el artículo 1261 CC, pero adolecen de «*alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley*» (art. 1300 CC).

Y, por ello, como afirma el Profesor Rivero, no se debería asimilar el negocio ratificable al negocio anulable. Como señala este autor, el negocio anulable posee todos los elementos esenciales, aunque alguno de ellos esté viciado, mientras que el negocio realizado por una persona sin poder o sin poder suficiente para actuar en nombre de otra no está completo, le falta algo imprescindible y esencial: el consentimiento del *dominus*, que es lo que le proporcionará la ratificación posterior. Por ello, el negocio realizado por el *falsus procurator* no debería producir efecto alguno antes de la ratificación, ya que el negocio todavía está incompleto (a diferencia del negocio anulable, que produce todos sus efectos desde el mismo instante de su perfección). Y, además, el negocio ratificable no debería precisar de impugnación para que no resultara afectado el *dominus negotii*¹¹⁴.

No parece, por tanto, que el supuesto que estamos contemplando, en el que falta el consentimiento del representado al negocio que se concluyó indebidamente en su nombre, case bien con el diseño legal de la anulabilidad que se ha establecido en nuestro Derecho¹¹⁵.

¹¹⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Naturaleza y situación del contrato del «*falsus procurator*»», *ADC*, 1976, pp. 1071 y 1134 y ss. Señala también el Profesor RIVERO que la celebración de un contrato en nombre de tercero sin poder o excediéndose del poder conferido es una suerte de negocio incompleto, imperfecto o en vías de formación, parte de un cierto camino negocial todavía no concluido, pues falta que recaiga el consentimiento del *dominus negotii* para que el negocio se perfeccione y pueda producir efectos. En tanto negocio todavía incompleto no puede producir los típicos efectos negociales del negocio concreto como si su *iter* estuviera acabado (lo que no impide que pueda producir algún otro efecto menor), efectos negociales completos que, por el contrario, produciría si se entendiera que este negocio celebrado sin poder de representación suficiente fuera meramente anulable. El mismo autor en «La representación», *op. cit.*, p. 329. Véanse también DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, pp. 218 y ss.; RODRÍGUEZ BOIX, F., «Comentario a la resolución de 2 de diciembre de 1998», *op. cit.*, p. 417, y ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La representación legal...*, *op. cit.*, pp. 87 y ss., donde estudia las diversas teorías sobre el negocio concluido por el *falsus procurator* (nulidad, anulabilidad, eficacia condicionada, etc.) y entiende que la teoría más adecuada es la de el negocio incompleto, imperfecto o en vía de formación. Un análisis exhaustivo de las distintas teorías sobre la consideración del negocio concluido por el falso representante puede verse en COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a, *La ratificación*, *op. cit.*, pp. 279 y ss., que considera el negocio ratificable como un negocio incompleto, en situación de pendencia, al encontrarse en vías de formación (p. 351).

¹¹⁵ Sin embargo, el artículo 42 de la Ley de Cooperativas estatal, aunque propiamente no regula un supuesto de autocontratación, pues se refiere también a personas que normalmente no ostentarán ninguna representación de la cooperativa, exige acuerdo de la asamblea general cuando la cooperativa tuviera que obligarse con cualquier consejero, interventor o con uno de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afini-

Por el contrario si, como creemos, fuera de aplicación el artículo 1259 CC, el representado no debería hacer nada para que no le afectara el negocio celebrado sin su autorización.

Simplemente, el negocio no le sería oponible ni le vincularía (art. 1727 CC). Evidentemente, tampoco existiría tal vinculación a efectos fiscales, pues no se devengaría el impuesto de transmisiones patrimoniales sino en el momento y para el caso de que finalmente el representado ratificara el negocio celebrado en su nombre sin su autorización (art. 49.2 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones)¹¹⁶.

Y, si quisiera aceptarlo, bastaría con ratificarlo en cualquier momento, sin que la ley establezca plazo alguno para ello, porque al no existir tercero de buena fe implicado en el negocio jurídico que desconozca que la actuación del representante se realizó sin poder (recuérdese que nos encontramos ante un supuesto de autocontratación y, por lo tanto, las partes del negocio jurídico celebrado son el propio representante y el representado), el negocio jurídico no podría revocarse¹¹⁷, puesto que es evidente que el representante (que es el único que intervino en el negocio, en su propio nombre y en nombre de su representado) conocía que no tenía poder suficiente para autocontratar¹¹⁸.

dad, no pudiendo el socio incurso en esta situación de conflicto tomar parte en la correspondiente votación. Posteriormente, de modo expreso, la norma indica que la sanción a los actos, contratos u operaciones realizados sin la mencionada autorización será la anulabilidad, quedando a salvo los derechos adquiridos de buena fe por terceros.

A nuestro entender, esta norma (sancionadora) no puede ser aplicada por analogía a supuestos distintos de los previstos en ella. El precepto establece directamente una sanción ante el incumplimiento de unas exigencias establecidas en la propia norma.

¹¹⁶ Recuérdese que el precepto señala que cuando la efectividad de la adquisición de bienes estuviera limitada por cualquier causa, se entenderá producida el día en que dichas limitaciones desaparezcán, y en ese momento se devengará el impuesto.

¹¹⁷ En contra, parece que LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, op. cit., p. 241, admite la posibilidad de que el representante que ha realizado la autocontratación pueda revocar su propio acto antes de la ratificación del *dominus*.

¹¹⁸ Como señala Díez-PICAZO, L., «Comentario al artículo 1259», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P., (Dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Madrid, 1991, p. 441, con la expresión revocación de la parte contratante parece que el legislador quiere aludir al conjunto de medidas de defensa del interés del tercero que, según el ordenamiento jurídico, protejan a éste, por lo que, como afirma SERNA MEROÑO, E., «Comentario al artículo 1259 CC», op. cit., p. 526, no parece justificada la revocación cuando el tercero sabe que el representante actúa sin poder. Véanse también Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, op. cit., p. 233; DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, op. cit., p. 101.

En cualquier caso, deben dejarse a salvo siempre las exigencias de la buena fe y del ejercicio tempestivo de los derechos (cfr. art. 7.1 CC), que también deberán aplicarse para la ratificación del *dominus negotii*. Con carácter general, respecto de la necesidad de que la ratificación sea emitida en un tiempo prudencial, véase COLÁS ESCANDÓN, A. M.ª, *La ratificación*, op. cit., pp. 447 y 448.

Sólo en el caso de la revocación del poder para autocontratar ignorada por el apoderado podría considerarse que el apoderado deba ser considerado tercero a los efectos del

Además, esta ratificación podría realizarse tanto de manera expresa como tácita, valiéndose como tal el aprovechamiento de los efectos del negocio jurídico que se pretende ratificar (art. 1727.II CC)¹¹⁹.

De manera decidida, la DGRN ha entendido aplicable el artículo 1259 CC a los supuestos de autocontratación no permitida, considerando que el negocio jurídico realizado es ratificable.

En este sentido, la RDGRN de 17 de noviembre de 2000 (RJ 2001, 865) dice:

«Adviértase que el tratamiento jurídico de rigor que sufre la llamada autocontratación no se debe a obstáculos conceptuales (si el contrato puede estar integrado por una sola declaración de voluntad), sino a razones de justicia (la defensa de los intereses de los representados que sufren peligro en los casos en que el representante tiene que defender intereses contrapuestos). Esta *ratio* y la doctrina de que los poderes son de interpretación estricta apoyan la solución enunciada para el caso ahora planteado. Como en los demás casos en que el contrato sea nulo por insuficiencia del poder, cabe la ratificación por la persona a cuyo nombre se otorgó (cfr. artículos 1259.2.º y 1727 del Código Civil), en este caso, por las partes representadas.»

En parecido sentido, la RDGRN de 1 de junio de 1999 (RJ 1999, 4191), en un caso en el que el poder no autorizaba para autocontratar por quien lo hizo (el administrador de una sociedad), dice:

«[D]ebe confirmarse la insuficiencia del poder para el negocio realizado, el cual, conforme al artículo 1259 del Código Civil, será nulo a no ser que lo ratifique la parte a cuyo nombre se ha otorgado. En este supuesto bastará la ratificación de los cónyuges hipotecantes ya que sólo respecto de ellos se ha producido la extralimitación de las facultades concedidas»¹²⁰.

Por el contrario, cuando la autocontratación o la actuación del representante en conflicto de intereses con el representado

artículo 1738 CC. En este sentido se pronuncia, TORRES ESCÁMEZ, S., «Revocación de poder y autocontrato...», *op. cit.*, p. 386.

¹¹⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 227; el mismo autor en «Comentario al artículo 1259», *op. cit.*, p. 440; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, *op. cit.*, pp. 206 y 284; RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La representación», *op. cit.*, p. 331; COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a, *La ratificación*, *op. cit.*, pp. 369 y 467 y ss.; SERNA MEROÑO, E., «Comentario al artículo 1259 CC», *op. cit.*, p. 536; PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., en las notas a ENNECERUS, L., *Derecho Civil (Parte General)*, en ENNECERUS, L., KIPP, T. y WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil*, T. I, Vol. II, Barcelona, 1981, p. 510.

¹²⁰ Véanse también las RRDGRN de 11 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8822) y de 21 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3931).

se producen en el ámbito de la representación legal, a nuestro juicio la sanción adecuada al negocio jurídico debe ser la nulidad absoluta¹²¹.

Debe tenerse presente que estamos refiriéndonos exclusivamente a los supuestos de autocontratación no permitida, por lo que, evidentemente, todos los contratos concluidos por el representante legal en su propio nombre y en nombre del representado en los que no exista conflicto de intereses entre ambas posiciones jurídicas deberán ser válidos. Así, como hemos visto, valdrán los negocios gratuitos en los que el beneficiario sea el representado o cualesquiera otros que únicamente le puedan beneficiar, los negocios meramente declarativos, etc.

Se trata de la infracción de normas imperativas (arts. 162.2, 163 o 221 CC) que se han establecido en consideración de un interés de orden público y, por lo tanto, la infracción de dichas normas debe producir como consecuencia la nulidad del negocio jurídico al no haber establecido el ordenamiento jurídico un efecto distinto para el caso de su contravención (art. 6.3 CC).

Más aún, a nuestro entender, el negocio podría ser nulo no sólo por infracción de una norma imperativa sino también porque desde el punto de vista estructural podría considerarse que padece un defecto causal, ya que tiene una causa ilícita («*es ilícita la causa que se opone a las leyes o a la moral*»¹²²) y, en consecuencia, debería

¹²¹ En contra, NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses...», *op. cit.*, pp. 94 y 95, entiende que en todos los casos del artículo 221 CC el negocio jurídico realizado en contravención de la norma no es nulo, sino simplemente ratificable.

Por su parte, RODRÍGUEZ PINTO, M. S., *Autocontratación y conflictos de intereses...*, *op. cit.*, p. 260, entiende que el negocio jurídico realizado con infracción de las normas establecidas en sede de representación legal sería anulable, al igual que defendía para los autocontratos no permitidos que se produjeran en el ámbito de la representación voluntaria. No obstante, en los casos contemplados en el artículo 221 CC relativos a la representación del tutor, la autora afirma que en el primer supuesto (art. 221.1.º CC) la sanción sí que sería la nulidad absoluta y en el resto de casos la sanción sería la general de anulabilidad.

En cualquier caso, como señala ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La representación legal...*, *op. cit.*, p. 78, la sanción a los actos realizados en el ámbito de la representación legal existiendo conflicto de intereses es una cuestión discutida en la doctrina y en la jurisprudencia. Así, se defiende, como hacemos nosotros, la nulidad absoluta por infracción del artículo 6.3 CC; la anulabilidad; o, incluso, la aplicación en estos casos también del artículo 1259 CC, como hace la autora citada, que considera que en estos supuestos de actuación del representante legal en conflicto de intereses con el representado no se infringe una prohibición legal, sino «una serie de garantías y cautelas puestas en interés del menor».

¹²² Como señalan DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 489, la causa es ilícita, desde luego, cuando se opone a la ley, pero también «cuando vulnera principios inspiradores del orden jurídico y de la vida comunitaria». Véase también AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 1275», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P., (Dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Madrid, 1993, p. 488, que se refiere a la ilicitud de la causa cuando «la finalidad perseguida por el acto sea precisamente contraria a la que la ley reconoce o permite de manera que admitir la validez del acto así realizado suponga dejar sin efecto la sanción legal», y más adelante se refiere a los «principios éticos de convivencia social vigentes en una sociedad determinada (...) lo inmorale sería así lo que resulta éticamente inaceptable para la convivencia social».

aplicarse también el artículo 1275 CC para decretar su nulidad, pues no parece que actúe de conformidad con las convicciones sociales imperantes en nuestra sociedad el padre que, teniendo un manifiesto conflicto de intereses con su hijo menor de edad, concluye un contrato en su propio nombre y en nombre de su hijo, como representante legal del mismo. A nuestro entender, la sola celebración por el padre de este contrato –en el que el beneficio de una de las partes parará necesariamente en perjuicio de la otra–, en nombre propio y del menor representa un riesgo para el menor que no debe aceptarse, máxime cuando la superación del conflicto es fácil, pues basta nombrar para ese concreto acto un defensor judicial.



La protección de los menores en situación de desamparo (o abandono) en los Derechos español y marroquí*

AURORA LÓPEZ AZCONA

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Acreditada como Titular de Universidad
Universidad de Zaragoza

A Ángel Chueca, maestro y amigo

RESUMEN

La protección de los menores en situación de desamparo constituye una preocupación compartida por España y Marruecos, como lo acredita el hecho de que desde hace unas décadas sus respectivos Ordenamientos hayan dotado a este colectivo de menores de un sistema de protección específica, inspirado en el principio del interés superior del menor. De este modo, ambos Ordenamientos han configurado un procedimiento –de índole administrativa el español y de carácter judicial el marroquí– suficientemente garantista, a fin de apreciar la necesaria situación de desasistencia del menor que legitima la declaración de desamparo en España o, su equivalente, la declaración de abandono en Marruecos. Por añadidura, tanto el Derecho español como el Derecho marroquí han articulado una serie de mecanismos dirigidos a procurar la protección de tales menores de modo subsidiario, esto es, ante la falta de asistencia por quienes legalmente deben prestarla. En Derecho español, la tutela administrativa, sin perjuicio de otras medidas alternativas, entre ellas prioritariamente la reintegración familiar del menor; y en Derecho marroquí la wilaya judicial y, ante todo, la kafala.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación A/032841/10 *Creación de un sistema transnacional de protección de menores entre España y Marruecos (en orden a la prevención de la emigración ilegal y la reinserción social de los menores emigrantes)*, financiado por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo.

PALABRAS CLAVE

Protección de menores. Situación de desamparo (o abandono). Derecho comparado hispano-marroquí. Tutela administrativa. Acogimiento. Wilaya. Kafala.

ABSTRACT

Spain and Morocco share a deep concern for the situation of neglected children. As a result of this, since decades, the legislations of both countries have designed a specific protection system for them, whose cornerstone is the principle of the best interest of the child. Being this so, each legislation contemplates an ad hoc procedure (an administrative one in Spain, a judicial one in Morocco) which safeguards the rights of all the parties concerned before a child is taken into care by way of a special declaration (declaración de desamparo in Spain, declaración de abandono in Morocco) and, as a result, deprived of his or her family environment. Accordingly, both legal systems regulate a set of institutions which ensure alternative care for such a child (tutela administrativa / wilaya, foster placement / kafala), taking into account, if suitable, the return of the child to his or her family.

KEYWORDS

Taking into care of a child. Pupil of the courts. Comparative law: Spain and Morocco. Foster placement. Wilaya. Kafala.

SUMARIO: 1. *Planteamiento.*—2. *El concepto de desamparo en Derecho español.*—3. *La noción de abandono en Derecho marroquí.* 3.1 *Semejanzas y diferencias con la noción española de desamparo.* 3.2 *Situaciones constitutivas de abandono.* A) *El hijo de padres desconocidos.* B) *El hijo de padre desconocido y de madre conocida que renuncia a su filiación.* C) *El menor huérfano.* D) *La falta de asistencia del menor no imputable a los padres.* E) *La falta de asistencia del menor imputable a los padres.*—4. *La declaración administrativa de desamparo en Derecho español.* 4.1 *Trámite de investigación previa.* 4.2 *Incoación del expediente.* 4.3 *Evacuación de informes.* 4.4 *Trámite de audiencia.* 4.5 *La resolución motivada de declaración de desamparo.* 4.6 *Los deberes de comunicación.* 4.7 *Las medidas cautelares.*—5. *La declaración judicial de abandono en Derecho marroquí.* 5.1 *El importante papel del Ministerio Fiscal en la tramitación del procedimiento de declaración de abandono.* 5.2 *La sustanciación del procedimiento de declaración de abandono ante el Tribunal de Primera Instancia.*—6. *Los mecanismos españoles de protección de los menores en situación de desamparo.* 6.1 *La tutela automática de la Administración.* 6.1.1 *Contenido.* 6.1.2 *Modo de ejercicio: El acogimiento.* A) *Concepto.* B) *Modalidades.* a) *El acogimiento familiar.* b) *El acogimiento residencial.* C) *Constitución.* a) *El acogimiento administrativo.* b) *El acogimiento judicial.* D) *Cese.* 6.1.3 *La vigilancia del Ministerio Fiscal.* 6.2 *Medidas de protección alternativas.*—7. *Los instru-*

mentos de protección de los menores declarados en abandono en Derecho marroquí. 7.1 La tutela legal (*wilaya*) del Juez de Tutelas. 7.2 La *kafala*. A) Noción legal. B) Contenido. C) Constitución. D) Requisitos a cumplir por los solicitantes de la *kafala*. a) Requisitos relativos a las personas físicas. b) Requisitos relativos a las personas jurídicas. E) Sujeción a control judicial o, en su caso, de la autoridad consular. F) Extinción.-8. *Reflexión final.*

1. PLANTEAMIENTO

La protección de la infancia desamparada constituye una preocupación compartida por España y Marruecos, como lo acredita el hecho de que desde hace unas décadas sus respectivos Ordenamientos Jurídicos hayan articulado diversos mecanismos dirigidos a la protección específica de este colectivo de menores caracterizado por su especial vulnerabilidad¹. Ciertamente que la respuesta jurídica de ambos países no es plenamente coincidente, habida cuenta de las diferentes circunstancias socioeconómicas y, ante todo, culturales que nos separan. Así, mientras en España desde 1987 se ha desarrollado un sistema público de protección de menores en el que se atribuye la tutela de los menores en desamparo a la entidad pública competente², Marruecos ha evitado implicar a la Administración en la asistencia de este sector de la infancia³, articulando, en su lugar, un sistema privado de protección de meno-

¹ En concreto, en España a partir de la reforma del Cc en materia de adopción en virtud de la Ley de 24 de abril de 1958, sin perjuicio de otros precedentes más remotos (arts. 212 y 303 Cc en su redacción originaria). Y en Marruecos, a partir del Dahir núm. 1-59-047, de 16 de marzo de 1959, relativo a los pupilos de la Nación.

² De la *administrativización* de las técnicas de protección de menores en Derecho español dan cuenta, entre otros, José Manuel RUIZ RICO RUIZ, «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores», *AC*, 1988-1, p. 77; Bartolomé VARGAS CABRERA, «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/1987», *ADC*, 1991, pp. 612-614; Francisco Javier ARELLANO GÓMEZ, «Interacción entre el Derecho público y el Derecho privado en las fases previas al expediente judicial de adopción», *RCDI*, núm. 612, 1992, p. 2091; María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 161; José Luis ESCUDERO LUCAS, «La protección del menor por la entidad pública», *RGD*, núms. 637-638, 1997, p. 12101; Gabriel GARCÍA CANTERO, «Adoptio semper reformanda est», *RCDI*, núm. 660, 2000, pp. 2445-2446; Luis MURILLO JASO, «El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas», en *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, p. 271; y Luis Carlos MARTÍN OSANTE, «Menores e incapacitados en situación de desamparo», *Actas de los Decimoséptimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, p. 127.

³ Como ponen de relieve Karima QUALD ALI y Tijaniya SAGHIR, «Acercamiento a la adopción en los países del Magreb», en *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, Gloria Esteban de la Rosa (coord.), ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Mayor, 2007, p. 97.

res, cuyo principal instrumento es la *kafala*. No obstante, más allá de las discrepancias existentes, importa observar que el principio inspirador de sus respectivas legislaciones es el mismo, esto es, el principio de supremacía del interés del menor, lo que se refleja tanto en las garantías con las que se ha dotado el procedimiento dirigido a la declaración de desamparo –de abandono, en Derecho marroquí– como en la regulación de las oportunas medidas a adoptar, una vez constatada la correspondiente situación de desasistencia, a fin de proporcionar al menor la debida protección personal y material⁴.

Interesa, por tanto, ofrecer un estudio comparado de los sistemas de protección español y marroquí de los menores abandonados, al objeto de detectar las diferencias y –lo que se revela de mayor interés– las similitudes en el tratamiento jurídico que les dispensan sus respectivas legislaciones. De este modo, el presente trabajo se inicia con un análisis de las situaciones constitutivas de desamparo en el Derecho español y de las circunstancias determinantes del abandono en el Derecho marroquí⁵. En estrecha relación con lo anterior, se examina el procedimiento previsto en ambos Ordenamientos jurídicos para formalizar la declaración de desamparo –de abandono, en el caso marroquí–. Por último, se procede a un estudio de los específicos instrumentos de protección previstos en las legislaciones española y marroquí para estos menores: en Derecho español la tutela automática de la Administración, sin perjuicio de otras medidas alternativas, entre ellas prioritariamente la reintegración familiar del menor; y en Derecho marroquí la *wilaya* judicial y, ante todo, la *kafala*.

2. EL CONCEPTO DE DESAMPARO EN DERECHO ESPAÑOL

La noción legal de desamparo se formula en el artículo 172.1.2 Cc, precepto según el cual la situación de desamparo «se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por

⁴ Coincide en esta apreciación por lo que se refiere al Derecho marroquí Rajae EL MRAHI, *Les droits de l'enfant en Maroc*, p. 5 (consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://www.ahjucaf.org/les-droits-de-l-enfant-au-maroc.html>).

⁵ Recuérdese que la noción de abandono también estuvo presente en Derecho español desde la reforma del Cc por la Ley de 25 de abril de 1958 hasta su ulterior modificación en virtud de la Ley de 11 de noviembre de 1987, que la sustituyó por el concepto actual de desamparo, a la par que modificó su contenido. Sobre los antecedentes de la noción de desamparo puede consultarse Julio Ignacio IGLESIAS REDONDO, *Guarda asistencia, tutela ex lege y acogimiento de menores*, ed. Cedecs, Barcelona, 1996, pp. 151-167.

las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

De esta definición legal se deriva, por consiguiente, que la situación de desamparo es una situación fáctica que exige la concurrencia de dos requisitos unidos por una relación de causa-efecto como son la falta de asistencia moral o material; y que dicha falta de asistencia se haya producido a causa de la falta de ejercicio o ejercicio inadecuado, ya sea voluntario o involuntario, de los deberes de protección correspondientes a los padres, tutores o guardadores.

Esta noción, que adolece de cierta indeterminación no exenta de riesgos⁶, se complementa, sin embargo, con lo dispuesto en la legislación autonómica de protección de menores que ofrece una lista de posibles supuestos constitutivos de desamparo, a saber:

- a) El abandono —en principio, voluntario— del menor⁷.
- b) Los malos tratos físicos o psíquicos o abusos sexuales del menor por familiares o terceros, producidos bien en su ámbito familiar, bien con el consentimiento de la familia⁸.
- c) La inducción a la mendicidad, delincuencia, prostitución, trabajo infantil o cualquier otra forma de explotación del menor⁹.

⁶ Advierten de los riesgos de este concepto jurídico indeterminado, entre otros, Ignacio SERRANO GARCÍA, «Comentario al artículo 172 Cc», en VV.AA., *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, t. I, p. 578; y G. GARCÍA CANTERO, «El desamparo y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas», *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, cit., pp. 247-248.

⁷ Aquí cabría interpretar que el abandono exige una conducta voluntaria de los responsables del menor en tal sentido. De hecho, se refieren expresamente al abandono voluntario la Ley 1/1998 de los Derechos y la Atención del Menor de Andalucía en su artículo 23.1.a; la Ley 1/1995 de Protección del Menor del Principado de Asturias en su artículo 31.2.a; la Ley 14/2002 de Promoción, Atención y Protección a la Infancia de Castilla y León en su artículo 56.d; la Ley 3/1999 de Protección del Menor de Castilla-La Mancha en su artículo 36.a; la Ley 8/2010 de Garantía de Derechos y Atención a la Infancia y Adolescencia de Cantabria en su artículo 61.2.c; la Ley 4/1994 de Protección y Atención a Menores de Extremadura en su artículo 6.a; y la Ley Foral 15/2005 de Promoción, Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia en Navarra en su artículo 50.b.

Otras normas autonómicas, en cambio, aluden al abandono como causa de desamparo sin más calificativos. Puede mencionarse en tal sentido el artículo 59.b Ley 12/2001 de la Infancia y Adolescencia en Aragón; el artículo 52.a Ley 3/2011 de Apoyo a la Familia y la Convivencia de Galicia; el artículo 49.2.a Ley 1/2006 de Protección de Menores de La Rioja; y el artículo 105.2.a Ley 14/2010 de Protección de Menores de Cataluña.

⁸ Supuesto que establece la Ley andaluza 1/1998 en su artículo 23.1.c; la Ley aragonesa 12/2001 en su artículo 59, letra c); la Ley asturiana 1/1995 en su artículo 31.2.c y f); la Ley 17/2006 Integral de la Atención y de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de les Illes Balears en su artículo 63.2.a; la Ley 1/1997 de Atención Integral a los Menores de la C.A. de Canarias en su artículo 46.2.a; la Ley cántabra 7/1999 en su artículo 61.2.j; la Ley castellano-leonesa 14/2002, en su artículo 56.e y j; la Ley castellano-manchega 3/1999 en su artículo 36.b; la Ley catalana 14/2010 en su artículo 105.2.b; la Ley extremeña 4/1994, en su artículo 6.b y e; la Ley gallega 3/2011 en su artículo 52.b; la Ley 3/1995 de la Infancia de la Región de Murcia en su artículo 22.1.c; la Ley navarra 15/2005 en su artículo 50.b; y la Ley 1/2006 de la Rioja en su artículo 49.2.b y e.

⁹ Supuesto recogido en el artículo 23.1.d Ley andaluza 1/1998, artículo 59.d Ley aragonesa 12/2001, artículo 31.2.g Ley asturiana 1/1995, artículo 63.2.g Ley balear 17/2006, artículo 46.2.c Ley canaria 1/1997, artículo 61.2.k Ley cántabra 8/2010, artícu-

d) El trastorno mental grave de los padres, tutores o guardadores que impida el cumplimiento de los deberes que les incumben en relación al menor¹⁰.

e) La drogadicción o alcoholismo habitual de las personas que integran la unidad familiar y, en particular, de los padres, tutores y guardadores, que perjudique el desarrollo del menor¹¹.

Junto a estos supuestos deben mencionarse otros contemplados singularmente en algunas leyes:

a) La falta de determinación de las filiaciones materna y paterna¹².

b) La ausencia de personas a las que corresponda ejercer las funciones de guarda o cuando las mismas se encuentren imposibilitadas para su ejercicio o en situación de ejercitarlas con grave peligro para el menor¹³.

c) La inducción, consentimiento o tolerancia a la drogadicción o alcoholismo del menor¹⁴.

d) La ausencia de escolarización habitual¹⁵.

e) La desatención física o psíquica grave o crónica¹⁶.

lo 56.f Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 36.c y *d* Ley castellano-manchega 3/1999, artículo 105.2.g Ley 14/2010 catalana, artículo 6.f Ley extremeña 4/1994, artículo 52.d Ley gallega 3/2011, artículo 22.1.c Ley murciana 3/1995, artículo 50.c Ley navarra 15/2005 y artículo 49.2.f Ley riojana 1/2006.

¹⁰ Supuesto regulado en el artículo 23.1.f Ley andaluza 1/1998, artículo 31.2, letra *d*, Ley asturiana 1/1995, artículo 46.2.e Ley canaria 1/1997, artículo 105.2.e Ley catalana 14/2010, artículo 6.c Ley extremeña 4/1994, artículo 52.f Ley gallega 3/2011, artículo 50.k Ley navarra 15/2005 y artículo 49.2.c Ley riojana 1/2006. Mención aparte merece la Ley aragonesa 12/2001 que, en su artículo 59.e, ha optado por una expresión más amplia, a saber: «cualquier otro problema psíquico, físico o social» que impida la adecuada atención del menor.

¹¹ Supuesto formulado en el artículo 23.1.g Ley andaluza 1/1998, artículo 59.e Ley aragonesa 12/2001, artículo 31.2.e Ley asturiana 1/1995, artículo 46.2.d Ley canaria 1/1997, artículo 105.2.e Ley catalana 14/2010, artículo 6.d Ley extremeña 4/1994, artículo 50.j Ley navarra 15/2005 y artículo 49.2.d Ley riojana 1/2006.

¹² Supuesto contemplado en el artículo 63.2.c Ley balear 17/2006, artículo 61.2.a Ley cántabra 8/2010 y artículo 56.b Ley 14/2002 de Castilla y León.

¹³ Supuesto que establece el artículo 23.1.i Ley andaluza 1/1998, artículo 59.b Ley aragonesa 12/2001, artículo 63.2.b Ley balear 17/2006, artículo 46.2.e Ley canaria 1/1997, artículo 56.a, *c* y *g* Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 52.i Ley gallega 3/2011, artículo 22.a Ley murciana 3/1995 y artículo 50.l Ley navarra 15/2005.

¹⁴ Supuesto que contempla el artículo 23.1.e Ley andaluza 1/1998, artículo 63.2.f Ley balear 17/2006, artículo 61.2.l Ley cántabra 8/2010, artículo 56.h Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 36.f Ley castellano-manchega 3/1999, artículo 105.2.f Ley catalana 14/2010, artículo 6.d Ley extremeña 4/1994, artículo 50.f Ley navarra 15/2005. De modo más amplio, el artículo 52.g Ley gallega 3/2011 se refiere a las conductas adictivas del menor con el consentimiento o tolerancia de sus guardadores.

¹⁵ Supuesto previsto en el artículo 23.1.b Ley andaluza 1/1998, artículo 31.2.b Ley asturiana 1/1995, artículo 46.2.b Ley canaria 1/1997 y artículo 50.h Ley navarra 15/2005.

¹⁶ Supuesto contemplado en el artículo 63.2.d Ley balear 17/2006, artículo 56.l Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 61.2.f Ley cántabra 8/2010, artículo 105.2.h Ley catalana 14/2010, artículo 52.c Ley gallega 3/2011 y artículo 50.e Ley navarra 15/2005. Se refieren únicamente a la desatención física el artículo 59.a Ley aragonesa 12/2001 y el artículo 36.e Ley 3/1999 de Castilla-La Mancha.

- g) El ejercicio imposible o inadecuado de los deberes de protección con peligro para el menor¹⁷.
- h) La existencia de un entorno socio-familiar que deteriore o perjudique el desarrollo del menor¹⁸.
- i) El no solicitar la recuperación la guarda una vez desaparecidas las circunstancias justificativas de la asunción de esta por la Administración¹⁹.
- j) La obstaculización o la falta de colaboración de los responsables del menor en las actuaciones acordadas para la verificación de las situaciones de desprotección o en la ejecución de las medidas acordadas en situaciones de riesgo²⁰.
- k) La persistencia o agravamiento de las situaciones de riesgo, que determine la privación al menor de la necesaria asistencia moral o material²¹.
- l) Los perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal, entendiéndose por tal la falta de cuidado del cuerpo o la ingestión de drogas o sustancias psicotrópicas por parte de la mujer durante el embarazo, así como el producido indirectamente por quien maltrata a la mujer en proceso de gestación²².

En cualquier caso, tal lista de posibles situaciones constitutivas de desamparo es meramente *ejemplificativa*, toda vez que en Derecho español, a diferencia de lo que sucede con la noción marroquí de abandono, el desamparo se configura como un concepto abierto en el que tienen cabida todas aquellas situaciones de desprotección que conlleven una privación de la necesaria asistencia moral y/o material del menor y que tengan su origen en el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda. De hecho, así resul-

¹⁷ Supuesto que adolece de una cierta imprecisión –y que, por lo demás no añade nada nuevo a la previsión del artículo 172.1.2 Cc–, contemplado en el artículo 59.a Ley aragonesa 12/2001, artículo 61.2.d y e Ley cántabra 8/2010, artículo 105.2.d Ley catalana 14/2010 y artículo 22.b Ley murciana 3/1995.

¹⁸ Supuesto también muy impreciso recogido en el artículo 23.1.h Ley andaluza 1/1998, artículo 61.2.g Ley cántabra 8/2010, artículo 56.m Ley 14/2002 castellano-leonesa y el artículo 36.e Ley 3/1999 castellano-manchega, artículo 52.h Ley gallega 3/2011, artículo 50.i Ley navarra 15/2005 y artículo 105.2.i Ley catalana 14/2010, la cual añade una referencia explícita a la «violencia machista» como supuesto de desamparo.

¹⁹ Supuesto establecido en el artículo 59.f Ley aragonesa 12/2001, artículo 46.2.f Ley canaria 1/1997, artículo 61.2.n Ley cántabra 8/2010, artículo 56.k Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 36.g Ley castellano-manchega 3/1999 y artículo 50.g Ley navarra 15/2005.

²⁰ Supuesto contemplado en el artículo 61.2.h e i Ley cántabra 8/2010, artículo 56.i Ley 14/2002 de Castilla y León y artículo 105.2.j Ley catalana 14/2010.

²¹ Supuesto contemplado en el artículo 61.2.ñ Ley cántabra 8/2010, artículo 56.n Ley 14/2002 de Castilla y León y artículo 105.2.k Ley catalana 14/2010.

²² Supuesto introducido por la Ley catalana 14/2010, artículo 105.2.c, que, sin duda, merece una valoración positiva, en cuanto constituye una novedosa manifestación de la protección que dispensa nuestro Ordenamiento Jurídico al concebido no nacido.

ta de la lectura de las diferentes leyes autonómicas de protección de menores, en cuanto que buena parte de ellas cierran el precepto dedicado a la noción de desamparo con una fórmula abierta que viene a reproducir el 172.1.2 Cc²³.

Con todo, el concepto de desamparo exige una interpretación restrictiva, dada la importancia de los intereses en juego, esto es, el interés del menor –en todo caso, de carácter preferente– y el de su familia, de tal manera que solo puede apreciarse su existencia, de acuerdo con la jurisprudencia, cuando «se acredite efectivamente el incumplimiento de unos mínimos de atención exigidos por la conciencia social más común» (SAP de Asturias de 26 septiembre 2002)²⁴. Por ello, la apreciación de la misma debe efectuarse en cada caso en atención a las circunstancias de índole social, familiar, educativa, psicológica, económica, etc, concurrentes en relación con el concreto menor²⁵.

Diferente del desamparo es la falta de asistencia que conlleva la asunción de la guarda administrativa. A esta situación se refiere el artículo 172.2.1 Cc que faculta a los padres o, en su caso, al tutor a que soliciten a la Administración la asunción temporal de la guarda cuando «por circunstancias graves no puedan cuidar al menor». En este caso nos encontramos, por tanto, ante una situación de desasistencia del menor que conlleva la acción protectora de la Administración, presupuesto que resulta coincidente con el desamparo que origina la tutela administrativa. Ahora bien, importantes diferencias separan ambos supuestos, como podrá constarse a continuación.

En primer lugar, importa destacar la falta de coincidencia de las causas determinantes de la desasistencia del menor en uno y otro supuesto. Así, el defecto de protección que da lugar a la tutela automática puede obedecer a una falta de ejercicio o ejercicio inadecuado, voluntario o involuntario, de los deberes de protección; en cambio, de la expresión «no poder atenderlo» que emplea el Código civil para justificar la asunción temporal de la guarda por la

²³ Vid. p.e. artículo 63.2.e Ley balear 17/2006, artículo 61.2.o Ley cántabra 8/2010, artículo 105.2.l Ley catalana 14/2010, artículo 52.k Ley gallega 3/2011, artículo 50.m Ley navarra 15/2005 y artículo 49.2.g Ley 1/2006 de La Rioja.

²⁴ Tal criterio interpretativo, formulado por la jurisprudencia desde hace unas décadas, ha sido acogido en fechas recientes por el artículo 118.2 Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011 del Gobierno de Aragón, lo que resulta plausible. En la jurisprudencia pueden citarse, entre otras, la SAP de Madrid de 21 enero 1992, la SAP de Sevilla de 11 enero 1994, la SAP de Sevilla de 31 marzo 1999, la SAP de Toledo de 9 febrero 2000, la SAP de Cantabria de 5 diciembre 2002, la SAP de Valencia de 7 junio 2004, la SAP de Almería de 11 junio 2008 y la SAP de Cantabria de 11 mayo 2009.

²⁵ Como pone de relieve L. C. MARTÍN OSANTE, «Menores e incapacitados en situación de desamparo», cit., p. 114.

Administración se deriva que la falta de asistencia generadora de la misma ha de ser inimputable en todo caso²⁶.

Asimismo, interesa notar que la declaración de desamparo se emite por la Administración sin que exista una intervención previa de los padres o tutores del menor, mientras que la guarda administrativa requiere una solicitud por parte de aquellos dirigida a la entidad pública competente²⁷.

Finalmente, en los términos en que se expresa la normativa autonómica de protección de menores, la asunción de la tutela automática parece exigir la presencia de una situación de falta de asistencia que se percibe como persistente. Por el contrario, la guarda administrativa debe proyectarse sobre situaciones de falta de asistencia actuales pero provisionales²⁸ o, incluso, meramente potenciales²⁹.

Tampoco puede confundirse la situación de desamparo con la situación de riesgo, en cuanto que esta se caracteriza por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar³⁰. En este

²⁶ Expresión que, por lo demás, reproduce la legislación autonómica de protección de menores, si bien habitualmente con la precisión relativa a que la imposibilidad de asistencia debe obedecer a «circunstancias ajenas a su voluntad», sin duda, para evitar el uso abusivo de este instrumento de protección por parte de los progenitores o tutores. Sirva de ejemplo el artículo 119.1 Ley catalana 14/2010, cuyo tenor es el siguiente: «Los progenitores o las personas titulares de la tutela, si concurren *circunstancias graves y ajenas a su voluntad que les impiden cumplir las funciones de guarda*, pueden solicitar al departamento competente en materia de protección de los niños y los adolescentes que asuman la guarda del niño o adolescente mientras se mantenga aquella situación» (la cursiva es nuestra). En términos similares se expresan, entre otros, el artículo 24 Ley andaluza 1/1998, el artículo 160.2.a Código del Derecho Foral de Aragón, el artículo 74.1 Ley balear 17/2006, el artículo 69.b Ley cántabra 8/2010, el artículo 12 Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia al que se remite el artículo 66 Ley gallega 3/2011, el artículo 59.b Ley navarra 15/2005, el artículo 70.1 Ley 1/2006 de La Rioja y el artículo 106.1 Ley 12/2008 de Protección Integral de la Infancia y Adolescencia de la Comunidad Valenciana.

²⁷ No obstante, excepcionalmente la Ley balear 17/2006 en su artículo 65.1 legitima a los padres o tutores para solicitar la incoación del procedimiento de declaración de desamparo.

²⁸ Así resulta de la expresión «durante el tiempo necesario» empleada por el artículo 172.2.1 Cc y que la legislación autonómica de protección de menores reproduce en términos idénticos (p.e. art. 70.1 Ley 1/2006 de La Rioja) o similares (p.e. art. 119 Ley catalana 14/2010: «mientras se mantenga aquella situación»).

²⁹ Según parece deducirse del artículo 74.1 Ley balear 17/2006: «... cuando quienes ejercen la patria potestad o la tutela prevean el futuro desamparo de una persona menor de edad, por no poder atenderlo temporalmente por causas involuntarias o de fuerza mayor...»

³⁰ En concreto, de acuerdo con el artículo 102.2 Ley catalana 14/2010 son situaciones de riesgo: «a) la falta de atención física o psíquica del menor por parte de sus guardadores que comporte un perjuicio leve para la salud física o emocional de aquél. b) la dificultad grave para dispensar la atención física y psíquica adecuada al menor por parte de los guardadores; c) la utilización por parte de los guardadores del castigo físico o emocional sobre el menor que, sin constituir un episodio grave o un patrón crónico de violencia, perjudique su desarrollo; d) las carencias que, por no poder ser adecuadamente compensadas en el ámbito familiar, ni impulsadas desde este mismo ámbito para su tratamiento mediante los servicios y recursos normalizados, puedan producir la marginación, la inadaptación o el desamparo del menor; e) la falta de escolarización en edad obligatoria, el absentismo

caso, la actuación de la Administración se limita, en principio, a intentar eliminar dentro del grupo familiar los factores de riesgo, a través de un plan de apoyo personalizado que podrá incluir medidas de índole técnica y/o económica³¹. Las medidas técnicas se traducen en intervenciones de orden material, formativo, psicosocial y socioeducativo a favor del menor y su familia tendentes a la modificación de las causas que provocaron el riesgo. Procede la adopción de medidas de carácter económico cuando la situación determinante del riesgo provenga de la carencia o insuficiencia de recursos económicos. En todo caso, la ejecución de tales medidas exige la necesaria colaboración de los padres, tutor o guardador del menor, de tal modo que de negarse a prestarla, aquél podrá ser declarado en desamparo si así lo requiere la evolución de la situación de riesgo³².

3. LA NOCIÓN DE ABANDONO EN DERECHO MARROQUÍ

3.1 Semejanzas y diferencias con la noción española de desamparo

En Derecho marroquí la situación jurídica equiparable al desamparo es el denominado «abandono». En ambas situaciones existe un presupuesto común consistente en la falta de asistencia del menor que determina la intervención de los poderes públicos, pero

y el abandono escolar; *f*) el conflicto abierto y crónico entre los progenitores, separados o no, cuando antepone sus necesidades a las del menor; *g*) la incapacidad o la imposibilidad de los guardadores de controlar la conducta del menor que provoque un peligro evidente de hacerse daño o de perjudicar a terceras personas; *h*) las prácticas discriminatorias, por parte los guardadores a los menores, que conlleven un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física, incluyendo el riesgo de sufrir la ablación o la mutilación genital femenina y la violencia ejercida contra ella; *i*) cualquier otra circunstancia que, en caso de persistir, pueda evolucionar y derivar en el desamparo del niño o el adolescente».

Otras leyes autonómicas, optan, sin embargo, por definir la situación de riesgo en términos de gran amplitud. Tal es el caso de la Ley aragonesa 12/2001, cuyo artículo 56 dice así: «Se consideran situaciones de riesgo aquellas en las que, por circunstancias personales o socio-familiares, se ven obstaculizados el desarrollo integral del niño o adolescente y el ejercicio de sus derechos y que no requieren su separación del medio familiar».

³¹ *Vid.* artículo 20 Ley andaluza 1/1998, artículo 57 Ley aragonesa 12/2001, artículos 16.2, 42 y 43 Ley canaria 1/1997, artículo 104 catalana Ley 14/2010, artículo 51 Ley cántabra 8/2010, artículo 29 Ley castellano-manchega 3/1999, artículo 49 Ley castellano-leonesa 14/2002, artículos 50 y 51 Ley gallega 3/2011, artículo 46 Ley navarra 15/2005, artículo 53 Ley 3/2005 de Atención a la Infancia y Adolescencia del País Vasco, artículo 42.1 y 2 Ley 1/2006 de La Rioja y artículos 94 y 95 Ley valenciana 12/2008.

³² Artículo 58 Ley aragonesa 12/2001, artículos 16.2, 42 y 43 Ley canaria 1/1997, artículo 103.6 Ley catalana 14/2010, artículo 62.1.i Ley cántabra 8/2010, artículo 31 Ley castellano-manchega 3/1999, artículo 56.i Ley castellano leonesa 14/2002, artículo 57 Ley gallega 3/2011, artículo 46.a Ley navarra 15/2005, artículo 42.4 Ley 1/2006 de La Rioja y artículo 97 Ley valenciana 12/2008.

también importantes diferencias que se proyectan sobre la naturaleza de aquella. De estas discrepancias conviene dar cuenta a continuación, ya que es posible apreciar elementos distintivos desde diversas perspectivas.

Dentro de un primer conjunto de consideraciones, conviene advertir que, frente al criterio del legislador español favorable a definir genéricamente y en términos de gran amplitud la situación de desamparo, el Derecho marroquí no ofrece una noción de abandono, sino que, en su lugar, contempla una lista cerrada de supuestos en que un menor puede considerarse abandonado, sin admitir ampliación alguna³³.

Una segunda discrepancia importante con la legislación española radica en que el Derecho marroquí circunscribe la noción de abandono a los menores –calificando de tales a los sujetos que no hayan alcanzado los dieciocho años, en concordancia con el artículo 209 *Mudawana* o Código de la familia–³⁴, sin hacerla extensiva a los incapacitados³⁵. Estos, por consiguiente, a diferencia de lo que sucede en Derecho español, no están dotados de una protección específica cuando se encuentren en situación de abandono, por lo que solo son beneficiarios de los instrumentos genéricos de protección que contempla el artículo 211 *Mudawana* para los incapacitados, que no son otros que la tutela legal (*wilaya*), la tutela testamentaria (*wisaya*) y la tutela dativa (*taqdim*)³⁶.

³³ Tal y como se pone de relieve por Houda ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», en A. Quiñones Escámez, A. Rodríguez Benot, H. Zekri y H. Ouhida, *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, ed. Proyecto ADL de fortalecimiento y modernización de la Administración de Justicia en Marruecos 2005-2009, Madrid, 2009, p. 20.

³⁴ El Código de familia marroquí o *Mudawana* puede consultarse en http://www.justice.gov.ma/index_fr.aspx.

³⁵ Recuérdese a este respecto la tendencia del Derecho español a asimilar el tratamiento jurídico de los menores y los incapacitados en situación de desamparo, que inició el legislador estatal en 2003 –en concreto, en virtud de la reforma del artículo 239 Cc por la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Cc, de la LEC y de la normativa tributaria con esta finalidad– y de la que posteriormente se han hecho eco buena parte de las Comunidades Autónomas en sus respectivas normativas.

³⁶ El Derecho marroquí contempla tres modalidades de tutela (legal, testamentaria y dativa) en función del modo de delación y establece una relación de subsidiariedad entre ambas, de tal modo que la tutela legal tiene preferencia sobre la tutela testamentaria y ésta sobre la tutela dativa (art. 230 Código de la familia). La tutela legal o *wilaya* es la que se atribuye *ex lege* al padre, a la madre –solo en defecto de aquél– y al Juez –exclusivamente en el supuesto de los menores abandonados– (art. 230.1 y 238.1 Código de la familia). En la tutela testamentaria o *wisaya* la delación tiene carácter voluntario, en cuanto es efectuada por el padre o la madre en virtud de testamento (arts. 237 y 238.2 y 3 Código de la familia). No se admite, sin embargo, la autotutela. La principal singularidad de la tutela testamentaria radica en que el padre puede servirse de ella para excluir a la madre de la tutela legal o limitarla en su contenido (arts. 237 y 238 Código de la Familia). Finalmente, en defecto de tutor legal y testamentario, entra en juego la tutela dativa o *taqdim*, que se caracteriza en que su designación corresponde al Tribunal de Primera Instancia (art. 244 Código de la familia y art. 18 Código de Procedimiento Civil).

El Código de Procedimiento Civil puede consultarse en http://lexinter.net/LOT-WVers4/code_de_procedure_civile_maroc.htm.

Por último, interesa advertir que la legislación marroquí solo contempla a los progenitores como únicos sujetos causantes de la situación de abandono, omitiendo aquellos supuestos en que el incumplimiento de los deberes de asistencia provenga de un guardador distinto a los padres, como puede ser la abuela materna o un pariente próximo del menor. En principio, esta situación se encuentra solventada por el artículo 173.2 *Mudawana* atribuyendo la *hadana* o guarda al siguiente llamado en el orden de preferencia³⁷, pero no cabe descartar que el menor carezca de parientes que quieran asumir la *hadana* o estén capacitados para ello, planteándose en este caso el problema de determinar la concreta medida de protección que procede aplicarle, habida cuenta del vacío legal existente al respecto³⁸.

Ahora bien, cualquiera que sea la modalidad de tutela constituida a favor del incapacitado, el Código de la familia, artículo 233, condiciona el contenido de la misma a su grado de discernimiento. Así, si el incapacitado carece de toda capacidad de obrar, por encontrarse privado de razón, las funciones representativas inherentes a la tutela alcanzarán tanto a su persona como a sus bienes. En cambio, si el incapacitado tiene un mínimo de capacidad —es «débil de espíritu», de acuerdo con la terminología empleada por el legislador marroquí—, el contenido de la tutela queda restringido al ámbito patrimonial, de tal modo que el tutor solo ostentará la representación legal respecto de los bienes del pupilo, no así respecto a su persona.

En cualquier caso, interesa advertir que, pese al importante avance que ha supuesto la *Mudawana* en orden a la equiparación entre sexos, el tratamiento de la mujer en materia de tutela bien puede calificarse de discriminatorio. Ello se explica, según puede leerse en su propio Preámbulo, por el propio carácter de la *Mudawana* como un texto de consenso entre dos tendencias contrapuestas: una conservadora que rechazaba cualquier reforma del Derecho de familia y que postulaba la preservación de la interpretación dada por la escuela malikí; y otra progresista que proponía la modificación del Derecho de familia en aras de la consagración de los principios de justicia e igualdad entre el hombre y la mujer.

³⁷ Dicho precepto debe ponerse en relación con los artículos 164 y 165 y 171 *Mudawana*, que fijan un orden de preferencia en la atribución de la *hadana*. En concreto, los artículos 164 y 165 determinan los titulares de la *hadana* durante la vigencia del matrimonio de los progenitores, y el artículo 171, una vez roto el vínculo conyugal. El tenor de estos preceptos se reproduce a continuación (la traducción es nuestra).

Artículo 164 *Mudawana*: «La *hadana* del hijo incumbe al padre y a la madre siempre que subsistan los vínculos conyugales».

Artículo 165 *Mudawana*: «Si ninguno de los posibles asignatarios de la *hadana* acepta hacerse cargo de la misma, o bien, aunque acepten, no cumplen las condiciones requeridas, los interesados o el Ministerio Público solicitarán al tribunal que designe el más apto entre los parientes cercanos del menor o entre otras personas. En su defecto, el tribunal optará por una de las instituciones habilitadas a tal efecto».

Artículo 171 *Mudawana*: «La *hadana* se confiará en primer lugar a la madre, después al padre y, por último, a la abuela materna del menor. En su defecto, con el fin de proteger al menor, el tribunal decidirá, en función de las presunciones de que disponga, atribuir la *hadana* al pariente próximo más apto para asumirla, siempre que garantice una vivienda apropiada al menor en *hadana*, al igual que la obligación de pensión alimenticia».

³⁸ Ciertamente, el artículo 165 *Mudawana* prevé que en tal caso la autoridad judicial podrá confiar el menor a una institución habilitada al efecto, pero no concreta la específica medida de protección a adoptar, sin que tampoco puedan aplicarse las contempladas en la Ley núm. 15-01 relativa a la *Kafala* de los menores abandonados al no poder ser calificado como menor abandonado a los efectos de dicha norma.

Es, en concreto, la Ley núm. 15-01 relativa a la *kafala* de los menores abandonados³⁹ (art. 1) la que atribuye la condición de «menor abandonado» a «todo niño de uno u otro sexo que no haya alcanzado los dieciocho años gregorianos cuando se encuentre en una de las siguientes situaciones:

- haber nacido de padres desconocidos o de padre desconocido y madre conocida que le hubiera abandonado voluntariamente;
- ser huérfano o tener padres incapaces de atender a sus necesidades o que no dispongan de los medios legales de subsistencia;
- ser hijo de padres de mala conducta y que no asuman su responsabilidad de protección y orientación con el fin de conducirlos por el buen camino, como aquellos privados de la tutela legal o cuando uno de los dos, tras el fallecimiento o incapacitación del otro, se muestre descarriado y no cumpla el deber mencionado respecto del menor».

De la lectura del precepto transcrito resulta, pues, que el legislador marroquí, en un planteamiento que difiere del Derecho español, no extiende la noción de abandono a toda situación de falta de asistencia, sino que la circunscribe a situaciones muy concretas, fuera de las cuales un menor no es susceptible de ser declarado en situación legal de abandono ni, por tanto, puede ser protegido a través de las concretas instituciones que contempla la Ley núm. 15-01, entre las que se encuentra la *kafala*.

3.2 Situaciones constitutivas de abandono

A) *El hijo de padres desconocidos*

De acuerdo con el artículo 1.1 Ley núm. 15-01, la primera situación constitutiva de abandono es el del hijo de padres desconocidos, esto es, de aquel cuya filiación no se encuentre determinada respecto de ninguno de los dos progenitores por alguno de los mecanismos previstos en el Código de la familia, diferentes según la filiación sea materna o paterna.

Así, en Derecho marroquí son tres los modos de determinación de la filiación materna, ya sea legítima o ilegítima⁴⁰, a saber: la

³⁹ Ley promulgada por el *Dahir* núm. 1-02-172 de 13 de junio de 2002. Puede consultarse en *Bulletin Officiel du Maroc* núm. 5036 (13 de junio de 2002). La traducción del artículo 1 es nuestra.

⁴⁰ En Derecho marroquí la filiación materna es legítima siempre que tenga su origen en el matrimonio, en una relación por error (relación ilegítima que mantiene una mujer con un hombre con la creencia errónea de que es legítima) o en una violación (art. 147.2 Código de la Familia). En cualquier caso, ya sea legítima o ilegítima, la filiación materna dispo-

constatación del parto⁴¹, el reconocimiento de la filiación por la madre⁴² y la sentencia que establezca la filiación respecto de la madre⁴³ (art. 147 Código de la Familia).

Por su parte, la filiación paterna –exclusivamente la legítima–⁴⁴ puede establecerse por dos vías⁴⁵: por un lado, la presunción de paternidad que rige para los hijos nacidos de relaciones conyugales –*al firach*– (arts. 153 y 154 Código de la familia)⁴⁶, pero también, según parece resultar de la lectura del artículo 155 Código de la familia, para los nacidos de relaciones sexuales por error o *chubha*⁴⁷; y por otro, el reconocimiento del padre o *iqrar* (art. 160

ne de idénticos modos de determinación y produce los mismo efectos una vez determinada (arts. 146 y 147.1 Código de la familia).

⁴¹ Acerca de este modo de determinación de la filiación materna interesa advertir que desde fines de los años setenta del pasado siglo existen varias circulares de la Secretaría General del Gobierno marroquí dirigidas a los establecimientos sanitarios y a los servicios de asistencia social y estado civil, ordenando la identificación de toda parturienta antes de su admisión en el centro hospitalario, a fin de evitar el anonimato en el parto y el subsiguiente abandono del menor. Datos proporcionados por Émilie BARRAUD, «La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb», *Droit et cultures*, núm. 59, 2010, pp. 13-14 (consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://droitcultures.revues.org/21118>).

⁴² Según clarifica la *Guide pratique du Code de la Famille*, publicada por el Ministerio de Justicia marroquí (consultada el 25 de marzo de 2013. URL: <http://www.justice.gov.ma/fr/documentation/documentation.aspx?ty=2>), el artículo 160.2 Código de la Familia asimila al reconocimiento materno la designación de la madre por el padre en el momento en que este reconoce a su hijo, siempre que aquella no se haya opuesto a su identificación.

⁴³ Salvo error u omisión, la decisión judicial como modo de determinación de la filiación materna solo se menciona en el artículo 147 Código de la familia, sin que ningún otro precepto de dicho texto legal ni tampoco del Código de Procedimiento Civil le dispense un tratamiento mas detallado ni, en concreto, especifique el procedimiento en cuyo seno ha de adoptarse.

⁴⁴ En Derecho marroquí, y pese a las importantes novedades introducidas por la *Mudawana* en aras del principio de igualdad entre hombre y mujer, la filiación ilegítima no puede establecerse respecto del padre, ni, por consiguiente, produce efecto jurídico alguno (art. 148 Código de la familia) lo que resulta claramente discriminatorio respecto de la mujer, respecto de la cual rige el principio *mater semper certa est*, con independencia del origen legítimo o ilegítimo de la filiación.

⁴⁵ Interesa advertir la confusión en que se expresa en este punto la *Mudawana*, en cuanto ya no solo utiliza el término «establecer» para referirse indistintamente a los modos de determinación y a los modos de prueba de la filiación ya determinada, sino que, por añadidura, no especifica con claridad cuáles son los modos de determinación de la filiación paterna.

⁴⁶ Siempre que hayan nacido en los seis meses siguientes al matrimonio o en el año siguiente a la disolución del matrimonio (art. 154 Código de la familia). Por lo demás, acaecido el nacimiento dentro de los plazos legales, es indiferente a los efectos de la determinación de la filiación paterna que el matrimonio sea válido o no (*Guide Pratique du Code de la Famille*, cit., p. 98).

⁴⁷ Conforme a la interpretación del complejo artículo 155 Código de la familia que ofrecen Marie-Claire FOLETS y Jean-Yves CARLIER, *Le Code Marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, ed. Bruylant, Bruselas, 2005, p. 80, que suscribo. En concreto, el artículo 155 Código de la familia prevé que en el caso de que una mujer se quede embarazada como resultado de unas relaciones sexuales erróneas y dé a luz en el periodo comprendido entre los plazos mínimo y máximo de duración del embarazo, la filiación paterna de ese hijo se atribuirá al autor de dichas relaciones. Con base en el artículo 154 Código de la Familia, debe entenderse por plazo mínimo de dura-

a 162 Código de la familia). No se admite, sin embargo, la acción de investigación de la paternidad.

Así las cosas, en defecto de determinación tanto de la filiación materna como de la filiación paterna no podrán derivarse los efectos propios de la filiación que contempla la *Mudawana* y, en concreto, los deberes de protección inherentes a la condición parental, lo que hará necesario arbitrar un sistema de protección subsidiario a través de la declaración de abandono del menor y ulterior constitución de la *kafala*.

B) *El hijo de padre desconocido y de madre conocida que renuncia a su filiación*

Al supuesto anteriormente descrito la Ley núm. 15-01 equipara novedosamente el del hijo de padre desconocido y madre conocida que lo haya abandonado voluntariamente. Tal supuesto, si bien puede cuestionarse desde la perspectiva del Derecho español, habida cuenta de que legitima la renuncia a la filiación materna una vez determinada, sin embargo, no carece de justificación en un país como Marruecos donde el Derecho de familia se sigue fundamentando exclusivamente en el matrimonio y en la filiación legítima, lo que genera un fuerte rechazo social hacia el fenómeno de las madres solteras⁴⁸. De este modo, la madre soltera, sin apoyo ni reconocimiento social alguno, a menudo analfabeta y sin recursos económicos, no suele tener otra opción que abandonar a su hijo. Las cifras son elocuentes: de cinco mujeres que abandonan a su hijo, cuatro son solteras. De estos abandonos, el 80% se hacen en los centros sanitarios; el resto, en la vía pública⁴⁹. Por ello, no es de extrañar que el colectivo de los menores abandonados esté integrado fundamentalmente por los hijos de madre soltera⁵⁰.

ción del embarazo los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio, y por plazo máximo, el año siguiente a la separación o disolución del matrimonio.

⁴⁸ Vid. en este sentido K. QUALD ALI y T. SAGHIR, «Acercamiento a la adopción en los países del Magreb», cit., p. 91; H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit., pp. 23-26; M.-C. FOBLETS y J.-Y. CARLIER, *Le Code Marocain de la famille...*, cit., p. 75; M. LOUKILI, *Les lignes de force du nouveau code de la famille*, p. 1, cit., pp. 3-4; É. BARRAUD, «La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb», cit., p. 7; y *Rapport établi par des Magistrats français sur le nouveau Code de la Famille marocain à l'issue d'un voyage d'étude (du 19 au 29 juin 2007) sur l'application de cette législation*, p. 1 (consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://www.jafbase.fr/doc/Maghreb/Etude-DroitMarocain.pdf>).

⁴⁹ Datos proporcionados por É. BARRAUD, «La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb», cit., pp. 13-14; Isabelle OUELLET, *Revendications féministes au Maroc, bouleverser l'ordre patriarcal*, p. 1 (consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://www.mafhoum.com/press2/75S23.htm>); y Mohamed EL HAMRAOUI, *Quelles perspectives pour les enfants abandonnés?*, p. 1 (consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://www.bladi.net/quelles-perspectives-pour-les-enfants-abandonnés.html>).

⁵⁰ Según constata I. OUELLET, *Revendications féministes au Maroc...*, cit., p. 2.

C) *El menor huérfano*

El tercero de los casos en que un niño puede considerarse abandonado es el del menor huérfano, debiéndose entender por tal aquel menor cuyos progenitores hayan fallecido (art. 1.2 Ley núm. 15-01)⁵¹. No están así incluidos en este supuesto los menores huérfanos solo de un progenitor. Y es que, en atención a lo dispuesto en los artículos 231 y 238 de la *Mudawana*, en caso de fallecimiento del padre –al que el artículo 236 de la *Mudawana* atribuye prioritariamente la *wilaya* o tutela legal–, el menor quedará sujeto a la tutela de la madre (tutela legal) o, en su caso, de aquel que haya designado el padre como tutor testamentario (tutela testamentaria). De este modo, solo cuando la madre que tenga atribuida la tutela de su hijo se revele incapaz de cuidarlo, este podrá ser declarado en abandono, con base en el artículo 1.2 Ley núm. 15-01. Por el contrario, si es la madre la que ha fallecido, la situación jurídica del menor no se verá modificada sustancialmente, toda vez que seguirá bajo la tutela legal del padre, salvo que este incurra en incapacidad para su ejercicio, en cuyo caso procederá la declaración de abandono.

D) *La falta de asistencia del menor no imputable a los padres*

El artículo 1.2 Ley núm. 15-01 también regula como circunstancia constitutiva de abandono la incapacidad de los padres de cuidar al menor. Este supuesto parece que ha de circunscribirse a aquellos casos en que ambos padres sean incapaces de cumplir con los deberes de protección inherentes a la *wilaya* (tutela legal) y *hadana* (guarda) respecto de sus hijos menores por causas que no le sean imputables⁵², ya que la falta de asistencia voluntaria se

⁵¹ *Vid.* en el mismo sentido H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit., p. 26.

⁵² Interesa aclarar a este respecto que en Derecho islámico no se contempla una figura similar a la patria potestad del Derecho español, sino que su contenido se desdobra en dos instituciones distintas como son la *wilaya* y la *hadana*. En orden a su contenido, la *wilaya* comporta la representación del menor en todos los actos de la vida civil, así como la administración de sus bienes; en cambio, la *hadana* se configura como un deber de crianza y educación, lo que la aproxima a la autoridad familiar aragonesa.

La titularidad de la *wilaya* se atribuye exclusivamente al padre en circunstancias normales y solo a la madre cuando excepcionalmente el padre no pueda ejercerla por fallecimiento, ausencia, incapacitación u otro impedimento (arts. 236 y 238 *Mudawana*) y siempre que este no haya designado un tutor testamentario (arts. 237 y 238 *Mudawana*). Por su parte, la *hadana* corresponde a ambos progenitores constante matrimonio, mientras que en caso de ruptura matrimonial se atribuye en exclusiva a uno de ellos, preferentemente a la madre (arts. 164 y 171 de la *Mudawana*).

Sobre la distinción entre la *wilaya* y la *hadana vid.* más ampliamente M.-C. FOBLETS y J.-Y. CARLIER, *Le Code Marocain de la famille...*, cit., pp. 85-93 y 106-110; M. Dolores CERVILLA GARZÓN e Isabel ZURITA MARTÍN, *El Derecho de familia marroquí. La Mudawana 2004 desde el Derecho español*, ed. Difusión Jurídica, Madrid, 2010, pp. 151-153;

regula específicamente en el artículo 1.3⁵³. En cambio, si la incapacidad solo procede de uno de los progenitores, no podrá hablarse de abandono, si bien el cumplimiento de los deberes de protección recaerá exclusivamente en el otro progenitor, ya sea el padre (que asumirá en exclusiva la *hadana*, además de la *wilaya*), ya sea la madre (que asumirá en exclusiva la *hadana* y adicionalmente la *wilaya*). En cualquier caso, en los términos de gran amplitud en que se expresa el artículo 1.2, dicha incapacidad puede obedecer a razones de índole económica (o «falta de medios legales de subsistencia», según precisa el precepto) o de cualquier otro tipo⁵⁴.

E) *La falta de asistencia del menor imputable a los padres*

Como último supuesto de abandono el artículo 1.3 contempla una serie de situaciones de falta de asistencia imputable a los progenitores, en las que –importa destacar– se transluce el importante componente religioso del Derecho de familia marroquí⁵⁵.

En efecto, el precepto se refiere, en primer lugar, a aquella situación en que los padres del menor mantengan una mala conducta y no asuman su responsabilidad de protección y orientación con el fin de conducirlo por el buen camino. Estamos, por tanto, ante la hipótesis de que los padres incumplan los deberes inherentes a la *hadana* (o guarda de los menores) y, en particular, el deber de velar por la orientación moral y religiosa de sus hijos, al que se refiere específicamente la *Mudawana* en sus artículos 163 y 173, al delimitar el contenido de dicha institución. Es más, el incumplimiento de tal deber es causa de privación de la *hadana*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 173 del mismo texto legal. E incluso se encuentra tipificado penalmente, según resulta del artículo 482 del Código penal marroquí cuyo tenor es el siguiente: «están castigados con la pena de prisión de un mes a un año y una multa de 200 a 500 dirhams los padres que comprometan gravemente (...) por alcoholismo o mala conducta notoria, por falta de cuidados o por falta de dirección necesaria, sea la salud, sea la seguridad, sean la moralidad

y Caridad RUIZ-ALMODOVAR, «El derecho de custodia (Hadana) en los Códigos de estatuto personal de los países árabes», *Awraq*, núm. 19, 1998, p. 229 (consultado el 25 de marzo de 2013. URL: http://granada.academia.edu/CaridadRuizAlmod%C3%B3var/Papers/177861/El_derecho_de_custodia_Hadana_en_los_Codigos_de_Estatuto_Personal_de_los_paises_arabes).

⁵³ En este sentido H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit., p. 28.

⁵⁴ H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit. p. 28, circunscribe, sin embargo, este supuesto a la incapacidad moral de los padres, excluyendo la incapacidad material, interpretación de la que discrepo, habida cuenta del tenor del artículo 1 Ley núm. 15-01.

⁵⁵ De hecho, el propio Código de la familia en su artículo 400 se remite a las prescripciones del rito *malekita* para colmar las lagunas que pueda presentar dicho cuerpo legal.

de sus hijos»⁵⁶. Por ello, no es de extrañar que este comportamiento pueda conllevar la declaración de abandono del menor y la subsiguiente constitución de la *kafala*.

Del mismo modo se entiende que el menor se encuentra en situación de abandono cuando, habiendo fallecido o siendo incapacitado uno de sus padres, el otro progenitor se revele «desviado» y no cumpla el precitado deber de salvaguarda espiritual respecto de sus hijos menores. De ello resulta, por consiguiente, que el incumplimiento unilateral de tal deber por parte de uno de los progenitores solo justifica la declaración de abandono en defecto del otro progenitor. De no ser así, habrá que entender que el hijo quedará bajo la guarda exclusiva del progenitor de buena conducta y, por tanto, no procederá, como es lógico, la declaración de abandono.

4. LA DECLARACIÓN ADMINISTRATIVA DE DESAMPARO EN DERECHO ESPAÑOL

En Derecho español, para que el menor en situación de desamparo sea beneficiario de las medidas de protección previstas en la legislación española y, en particular, para que se constituya la tutela automática es necesaria una resolución motivada de la Administración por la que declare el desamparo del menor y asuma dicha tutela. Tal resolución deberá adaptarse en el curso de un procedimiento administrativo *ad hoc*, cuyos principales trámites son los siguientes: la investigación previa, la incoación del expediente, la evacuación de informes, el trámite de audiencia, los deberes de comunicación y las medidas cautelares.

4.1 Trámite de investigación previa

Con anterioridad a la incoación del expediente de declaración de desamparo, algunas normas autonómicas prevén un trámite de investigación previa⁵⁷. Dicha previsión es sumamente acertada, toda vez que la investigación previa permite a la Administración conocer las circunstancias del caso concreto y así verificar la existencia de indicios de desasistencia al menor que justifiquen la iniciación del correspondiente procedimiento.

⁵⁶ El Código penal marroquí puede consultarse en <http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/fr/penal/Code%20Penal.htm>.

⁵⁷ Artículo 51 de la Ley aragonesa 12/2001, artículo 66 de la Ley balear 17/2006, artículo 65.1.e de la Ley cántabra 8/2010, artículo 106.1 de la Ley catalana 14/2010, artículo 21 del Dc. andaluz 42/2002 y artículo 28 del Dc. Foral 7/2009, en virtud del cual se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley Foral 15/2005 de promoción, atención y protección a la infancia y adolescencia de Navarra.

4.2 Incoación del expediente

En orden a la incoación del expediente, la normativa autonómica subraya el deber de la Administración de intervenir en situaciones justificativas de la declaración de desamparo⁵⁸, lo que permite interpretar que la iniciación de los expedientes será de oficio⁵⁹. Ello sin perjuicio del deber que tanto la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor como la normativa autonómica imponen a toda persona y, en especial, a quien por razones profesionales tenga conocimiento del posible desamparo de un menor de comunicarlo a la autoridad competente⁶⁰. Asimismo, tampoco cabe descartar que sea el propio menor quien solicite el auxilio de los poderes públicos, según se desprende de la lectura de algunas leyes autonómicas⁶¹, lo que, por lo demás, resulta coherente con la situación legal del menor definida en la Ley Orgánica 1/1996 en la que subyace una potenciación de su capacidad de obrar⁶².

4.3 Evacuación de informes

La legislación autonómica exige con carácter previo a la declaración de desamparo un estudio de la situación personal y socio-familiar del menor, que pasa por la constancia en el correspondiente

⁵⁸ Sirva de ejemplo el artículo 23.2 de la Ley andaluza 1/1998 que se expresa en los siguientes términos: «El órgano competente de la Administración de la Junta de Andalucía que tenga conocimiento de una situación de posible desamparo de un menor iniciará expediente de protección». En términos similares se pronuncian el artículo 31.2 de la Ley asturiana 1/1995, el artículo 62.3 de la Ley cántabra, 8/2010, el artículo 35 de la Ley castellano-manchega 3/1999, el artículo 106.1 de la Ley catalana 14/2010, el artículo 50.1 de la Ley 1/2006 de La Rioja, el artículo 52.1 de la Ley 6/1995 de garantías de derechos de la infancia y la adolescencia de Madrid y el artículo 58.1 de la Ley 3/2005 del País Vasco.

⁵⁹ Excepcionalmente la Ley valenciana 7/1994 en su artículo 22.2 prevé que el procedimiento de desamparo podrá iniciarse «bien de oficio o a instancia de parte», si bien en el Dc. 93/2001, artículo 27, solo se encuentra un desarrollo reglamentario de la incoación de oficio. También permite la incoación del procedimiento a instancia de parte –en concreto, del Ministerio Fiscal, del propio menor o de sus padres o tutores– e, incluso, por orden judicial el artículo 65.1 de la Ley balear 17/2006.

⁶⁰ Tal deber se contempla, de modo muy similar, en el artículo 13 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, artículo 18.5 de la Ley andaluza 1/1998, artículo 50.1 de la Ley aragonesa 12/2001, artículo 32 de la Ley asturiana 1/1995, artículo 59 de la Ley balear 17/2006, artículo 48.1 letra *d*) de la Ley canaria 1/1997, artículo 63 de la Ley cántabra 8/2010, artículo 46 de la Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 5 de la Ley castellano-manchega 3/1999, artículo 100 de la Ley catalana 14/2010, artículo 7 de la Ley extremeña 4/1994, artículo 39.3 de la Ley gallega 3/2011, artículo 22.3 de la Ley 3/1995 de Infancia de la Región de Murcia, artículo 4.3 de la Ley navarra 15/2005, artículo 33 de la Ley 1/2006 de La Rioja y artículo 83.2 de la Ley valenciana 12/2008.

⁶¹ *Vid.* artículo 23.4 de la Ley andaluza 1/1998, artículo 8.1 *c*) de la Ley aragonesa 12/2001, artículo 65.1 de la Ley balear 17/2006, artículo 48.1 letra *b*) de la Ley canaria 1/1997, artículo 58.1 de la Ley castellano-leonesa 14/2002 y artículo 27.1 del Dc. navarro 7/2009.

⁶² Como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, «El Ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social».

expediente de los informes oportunos por parte de técnicos pertenecientes a diferentes ámbitos profesionales –tales como asistentes sociales, psicólogos, pedagogos o médicos–⁶³. Ello resulta coherente con la previsión del artículo 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, relativa al carácter colegiado e interdisciplinar de la intervención protectora de la Administración.

4.4 *Trámite de audiencia*

Igualmente constituye un elemento procedimental generalizado en la legislación autonómica el trámite de audiencia a los padres o, en su caso, tutores o guardadores en el seno del expediente. No obstante, son mayoría las normas que flexibilizan el cumplimiento de este trámite, en cuanto que lo condicionan a cuando «ello sea posible»⁶⁴.

En cambio, resulta exigible en todo caso, por imperativo del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, que se escuche al menor durante la tramitación del procedimiento⁶⁵. Adicionalmente, este precepto precisa novedosamente la

⁶³ Sirva de ejemplo el artículo 51.2 de la Ley aragonesa 12/2001, que regula el contenido de los informes con gran minuciosidad: «La valoración de la declaración (...) de desamparo y de la procedencia de las medidas de protección requerirá previamente un estudio interdisciplinar del menor y de su entorno, que ponga de manifiesto las necesidades que se deben cubrir, el objetivo general, y las medidas o instrumentos de protección». También se refieren a la obligatoriedad de los informes técnicos para apreciar la procedencia de la declaración de desamparo el artículo 65.1.a de la Ley cántabra 8/2010, el artículo 63 de la Ley castellano-leonesa 14/2002, el artículo 106.3 de la Ley catalana 14/2010, el artículo 37.4 de la Ley castellano-manchega 3/1999, el artículo 54.2 de la Ley gallega 3/2011, el artículo 50.2 de la Ley 1/2006 de La Rioja, el artículo 52.1.b de la Ley madrileña 6/1995, el artículo 58.1.a de la Ley 3/2005 del País Vasco, el artículo 100.2 de la Ley valenciana 12/2008 y el artículo 29 del Dc. navarro 7/2009.

⁶⁴ Reconocen sin excepción alguna el derecho de audiencia de los padres, tutores o guardadores el artículo 64.2 de la Ley castellano-leonesa 14/2002, el artículo 106.4 de la Ley catalana 14/2010, el artículo 8.2 de la Ley extremeña 4/1994, el artículo 24 de la Ley murciana 3/1995, el artículo 50.3 de la Ley 1/2006 de La Rioja y el artículo 100.3 de la Ley valenciana 12/2008.

No obstante, como se ha indicado en texto, existen otras regulaciones que atemperan la exigencia de la audiencia. Así, el artículo 67.2 de la Ley balear 17/2006, el artículo 48.3 de la Ley canaria 1/1997, el artículo 65.1.c Ley cántabra 8/2010, el artículo 52 de la Ley madrileña 6/1995 y el artículo 58.1.d Ley vasca 3/2005 confieren el derecho de audiencia, a padres, tutores o guardadores «siempre que sea posible»; el artículo 52.1 de la Ley aragonesa 12/2001, a los padres o quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar, así como a la Junta de Parientes «siempre que sea posible»; el artículo 37.3 de la Ley 3/1999 de Castilla-La Mancha, a la familia del menor, salvo que concurra algún motivo que imposibilite la audiencia; el artículo 54.1 de la Ley gallega 3/2011, a padres, tutores o guardadores «salvo en los casos de urgencia con grave riesgo para el menor».

Una aclaración de la expresión legal «siempre que sea posible» puede encontrarse en el artículo 1.b del Dc. 54/1998 de Canarias, cuyo tenor es el siguiente: «se considera que no es posible oír a las personas mencionadas cuando notificadas en forma legal de la instrucción del correspondiente expediente, la incomparecencia de los interesados se deba a su voluntad expresa o tácita o a su negligencia».

⁶⁵ Como señala Antonio GULLÓN BALLESTEROS, «Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor», *LL*, 1996-1, D-40, p. 1693, el derecho del menor a ser oído no

forma en que el menor puede ejercitar su derecho a ser oído⁶⁶. Así, cuando el menor tenga suficiente juicio⁶⁷ podrá ejercitarlo personalmente o a través la persona que designe para que le represente. Si ello no es posible –porque carezca de suficiente juicio o por cualquier otra circunstancia– o no conviene al interés del menor, se contempla la posibilidad de conocer la opinión de este a través de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con el menor puedan transmitirla objetivamente, como pueden ser sus profesores o su pediatra –según se indica en el AAP de Navarra de 2 de marzo de 2000–.⁶⁸

constituye sino una extrapolación a todos los procedimientos de lo previsto en el Cc para aquellos casos en que el Juez tenga que adoptar una decisión que afecte a menores. Partiendo de esta afirmación, resulta obvio que entre estos procedimientos debe entenderse incluido el encaminado a la declaración de desamparo.

Por su parte, las leyes autonómicas prevén, asimismo, la audiencia del menor bien como derecho genérico de este (tal es el caso de las Leyes de Andalucía y Asturias), bien como trámite específico del expediente de desamparo (tal es el caso de las Leyes de Canarias, Cataluña, Extremadura, La Rioja y Valencia), bien desde ambas perspectivas (como sucede en las Leyes de Aragón, Baleares, Cantabria, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Murcia y País Vasco).

⁶⁶ Tal y como ha sido puesto de relieve por Manuel RIVERA FERNÁNDEZ, «Anotaciones a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», *RGD*, núm. 621 (1996), p. 6507.

⁶⁷ El legislador estatal ha condicionado, por tanto, esta primera modalidad de ejercicio del derecho a un concepto jurídico indeterminado y, por tanto, de difícil valoración –que el menor tenga suficiente juicio–, prescindiendo de fijar un límite de edad.

De este criterio discrepa gran parte de la legislación autonómica donde se supedita la audiencia al menor al requisito alternativo de que sea mayor de doce años o que tenga suficiente juicio si su edad es inferior: artículo 52.1 de la Ley aragonesa 12/2001, artículo 11 de la Ley asturiana 1/1995, artículo 67.2 de la Ley balear 17/2006, artículo 48.3 de la Ley canaria 1/1997, artículo 54.1 de la Ley 14/2002 de Castilla y León, artículo 37.2 de la Ley 3/1999 de Castilla-La Mancha, artículo 100.3 de la Ley catalana 14/2010, artículo 12.1 de la Ley extremeña 4/1994, artículo 52.1.c y d Ley madrileña 6/1995, artículo 50.3 de la Ley 1/2006 de La Rioja y artículo 30.1 Dc. navarro 7/2009.

Con todo, excepcionalmente algunas normas autonómicas utilizan idéntica expresión que la Ley Orgánica 1/1996, como es el caso de la Ley cántabra 8/2010 en su artículo 65.1.b y de la Ley vasca 3/2005 en su artículo 58.1.c; o expresiones que adolecen de la misma falta de precisión, p.e. el artículo 15.2 de la Ley murciana 3/1995 («de acuerdo con su desarrollo evolutivo») y el artículo 106.4 Ley catalana 14/2010 («si tiene suficiente conocimiento»).

E incluso, la Ley andaluza 1/1998 en su artículo 14.1 reconoce el derecho que nos ocupa al menor sin mayor precisión.

Una interpretación del término «suficiente juicio» se encuentra en el AAP de Toledo de 2 de julio de 1999 que afirma lo siguiente: «En el presente presupuesto, los menores afectados por la medida de acogimiento tienen al día de hoy tres y cuatro años, y el desarrollo de sus capacidades de autodeterminación y comunicación es, si no deficitario, como pudiera desprenderse de los informes incorporados al expediente, como máximo el atemperado a su edad. Es evidente que en tal situación su audiencia es superflua, pues carecen del juicio o del criterio para decidir acerca del régimen de guarda que les resultaría más favorable».

⁶⁸ Por lo que respecta a las normas autonómicas, aunque en su mayoría suelen guardar silencio en lo referente a la forma de ejercicio de este derecho, excepcionalmente algunas de ellas contienen previsiones al respecto. En concreto, la Ley aragonesa 12/2001

4.5 *La resolución motivada de declaración de desamparo*

Cumplimentados los trámites anteriores, la entidad pública competente deberá dictar resolución motivada, en la que hará constar, en su caso, la declaración de desamparo y la asunción de la tutela del menor⁶⁹. Dicha resolución declarativa de desamparo es susceptible de impugnación por los padres o tutores del menor en el plazo de tres meses desde su notificación⁷⁰ ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa (art. 172.6 Cc⁷¹, lo que no deja de constituir una importante garantía para aquellos⁷². No obstante lo anterior, la legislación autonómica le atribuye

en su artículo 13 reproduce literalmente lo preceptuado en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996. La Ley andaluza 1/1998 en su artículo 14.1, con la expresión «en la forma legalmente establecida», parece remitirse a las modalidades de ejercicio previstas en dicha norma estatal; la Ley cántabra 8/2010 en su artículo 65.1 b) dispone que «se garantizará que [el menor] ejercite su derecho por sí mismo, o a través de la persona que designe para su representación, o en todo caso de oficio». La Ley 14/2002 de Castilla y León en su artículo 64.1 reconoce la posibilidad del menor de ejercer el derecho a ser oído «por sí mismo o por medio de representante por él designado», expresión que reproducen el artículo 30.1 del Dc. navarro 7/2009, el artículo 37 de la Ley castellano-manchega 3/1999 y el artículo 58.1.c de la Ley vasca 3/2005, esta última añadiendo lo siguiente: «cuando ello no sea posible o no convenga al interés de la persona menor de edad, podrá conocerse su opinión a través de personas que, por su profesión y relación de especial confianza con ella, puedan transmitirla objetivamente».

En cualquier caso, a mi modo de ver, la legislación autonómica debe ser interpretada conforme al precepto estatal mencionado –esto es, el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor–, habida cuenta (como ha puesto de relieve Francisco BENITO ALONSO, «Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo: Tutela por ministerio de ley y guarda», *LL*, 1997-6, D-360, p. 1730) de su naturaleza orgánica. En particular, a los efectos de este trabajo, resulta especialmente importante considerar aplicable con carácter general la excepción relativa al derecho de ser oído a través de los representantes legales cuando exista contraposición de intereses, lo que puede acontecer fácilmente en los procesos de desamparo.

⁶⁹ Vid. los artículos 53.1 y 60.1 de la Ley aragonesa 12/2001, los artículos 18.2 y 33 de la Ley asturiana 1/1995, el artículo 71.1 de la Ley balear 17/2006, el artículo 65.3 de la Ley cántabra 8/2010, el artículo 67.1 de la Ley 14/2002 de Castilla y León, el artículo 37.3 de la Ley 3/1999 de Castilla-La Mancha, el artículo 106.6 de la Ley catalana 14/2010, el artículo 8 de la Ley extremeña 4/1994, el artículo 8.1 de la Ley 2/2006 de Derecho civil de Galicia, el artículo 52 de la Ley madrileña 6/1995, el artículo 15 de la Ley murciana 3/1995, el artículo 51.1 de la Ley 1/2006 de La Rioja, el artículo 58.2 de la Ley vasca 3/2005, el artículo 100.5 de la Ley valenciana 12/2008 y el artículo 32.1 y 3 del Dc. navarro 7/2009.

En cuanto al plazo para dictar dicha resolución, no existe un criterio uniforme en la legislación autonómica, pudiendo encontrar normas que fijan un plazo máximo de tres meses (art. 67.2 de la Ley castellano-leonesa 14/2002, art. 52.2 de la Ley madrileña 6/1995, art. 52.2 de la Ley riojana 1/2006 y art. 58.2.2 de la Ley vasca 3/2005) hasta otras que lo extienden al año (art. 106.6 de la Ley catalana 14/2010).

⁷⁰ Plazo de ejercicio de la acción de impugnación de las resoluciones administrativas declarativas de desamparo que ha sido incorporado en la nueva redacción dada al artículo 780.1 LEC por la Ley 54/2007 de Adopción Internacional.

⁷¹ En concreto, la impugnación de la declaración de desamparo ha de resolverse por los trámites del juicio verbal (arts. 753 y 780.4 LEC). Respecto a la jurisdicción competente, el artículo 779.2 LEC la atribuye a los Juzgados de Primera Instancia del lugar donde tenga su domicilio la entidad pública.

⁷² Vid. en términos de valoración positiva G. GARCÍA CANTERO, «El desamparo y el acogimiento...», cit., p. 246.

ye eficacia inmediata, lo que resulta plenamente justificado en atención al ámbito en que nos encontramos, esto es, la protección de menores, cuyo interés es siempre preferente⁷³.

En cambio, de no ser procedente la declaración de desamparo, el expediente será archivado mediante resolución motivada⁷⁴, salvo que en el mismo se haya constatado que el menor se encuentra en situación de riesgo, en cuyo caso dicho expediente habrá de derivarse a los servicios sociales a fin de que adopten las medidas de protección que estimen más adecuadas⁷⁵.

4.6 *Los deberes de comunicación*

Complementariamente, el artículo 172.1.1 Cc y las disposiciones autonómicas coinciden en exigir que las declaraciones de desamparo sean notificadas a los progenitores, tutores o guardadores del menor⁷⁶, estableciendo normalmente un plazo de cuarenta y ocho horas para ello⁷⁷. Igualmente, deberá informarse a aquellos de las causas que han motivado la intervención administrativa y de sus posibles consecuencias, así como de los medios de oposición a la misma, según especifican algunas normas autonómicas⁷⁸.

Asimismo, en aplicación del mencionado precepto del Código civil y de la normativa autonómica, se exige la puesta en conoci-

⁷³ *Vid.*, entre otros, artículo 23.2 de la Ley 17/1998 andaluza, artículo 19.3 de la Ley asturiana 1/1995, artículo 39.1 de la Ley castellano-manchega 3/1999, artículo 109.1 de la Ley catalana 14/2010, artículo 54.1 de la Ley gallega 3/2011, artículo 52 de la Ley 1/2006 de La Rioja, artículo 24.3 de la Ley murciana 3/1995 y artículo 100.6 de la Ley valenciana 12/2008.

Sobre la problemática derivada de la ejecución de las declaraciones de desamparo puede consultarse mi trabajo «La autorización judicial de entrada en domicilio en ejecución de la declaración de desamparo», *Aranzadi Civil*, núm. 4 (2001), pp. 15-45.

⁷⁴ Según se prevé expresamente en el artículo 68 de la Ley balear 17/2006.

⁷⁵ De acuerdo con el artículo 65.5 de la Ley cántabra 8/2010, el artículo 109.1 de la Ley catalana 14/2010 y el artículo 58.2.4 de la Ley vasca 3/2005.

⁷⁶ Obviamente, en Aragón habrán de ser notificados quienes sean titulares de la autoridad familiar en cada caso concreto (progenitores, padrastro/madrastra, abuelos o hermanos mayores: arts. 64 y 85 a 87 Código del Derecho Foral de Aragón) y, solo en su defecto, el tutor, curador o guardador de hecho. En tal sentido debe interpretarse la expresión «los padres o quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar» del artículo 53.1 de la Ley aragonesa 12/2001.

⁷⁷ Plazo fijado en el artículo 172.1 Cc y que reproduce la legislación autonómica de protección de menores (art. 53.1 de la Ley aragonesa 12/2001, artículo 71.2 de la Ley balear 17/2006, artículo 65.2 de la Ley cántabra 8/2010, artículo 68.1 de la Ley 14/2002 de Castilla y León, artículo 38 de la Ley 3/1999 de Castilla-La Mancha, artículo 49.1 de la Ley canaria 1/1997, artículo 51.4 de la Ley navarra 15/2005, artículo 51.2 de la Ley 1/2006 de La Rioja, artículo 58.2 de la Ley vasca 3/2005 y artículo 100.6 de la Ley valenciana 12/2008).

⁷⁸ Artículo 53.1 de la Ley aragonesa 12/2001, artículo 65.3 de la Ley cántabra 8/2010, artículo 108.2 de la Ley catalana 14/2010, artículo 51.5 de la Ley navarra 15/2005, artículo 51.3 de la Ley 1/2006 de La Rioja, y artículo 100.6 de la Ley valenciana 12/2008.

miento al Ministerio Fiscal, al objeto de que pueda cumplir el deber de vigilancia de las tutelas que le asigna el artículo 174 Cc⁷⁹.

Excepcionalmente, alguna norma autonómica también incluye al propio menor entre los sujetos a notificar, en función de su grado de madurez y, en todo caso, si es mayor de doce años⁸⁰. E igualmente, para el caso de que sea extranjero, a la autoridad consular del Estado del que sea nacional⁸¹.

4.7 *Las medidas cautelares*

Por último, interesa destacar que, con carácter general, las legislaciones autonómicas facultan a la Administración para adoptar medidas provisionales en aquellos casos que exista un grave riesgo para el menor que exija una intervención urgente⁸².

En concreto, cuando concurren las circunstancias descritas, las normas autonómicas permiten una declaración provisional de desamparo con los efectos característicos de la misma (esto es, la asunción de la tutela), si bien requiere confirmación posterior, para lo cual deberá darse cumplimiento a los trámites de la declaración ordinaria de desamparo⁸³. Esta previsión, sin duda, merece una

⁷⁹ En lo referente a la normativa autonómica, este trámite se prevé en el artículo 23.3 de la Ley andaluza 1/1998, artículo 53.2 de la Ley aragonesa 12/2001, artículo 34.1 de la Ley asturiana 1/1995, artículo 71.2 de la Ley balear 17/2006, artículo 49.3 de la Ley canaria 1/1997, artículo 65.2 Ley cántabra 8/2010, artículo 68.1 de la Ley 14/2002 de Castilla y León, artículo 38.1 de la Ley 3/1999 de Castilla-La Mancha, artículo 108.1 de la Ley catalana 14/2010, artículo 9 de la Ley extremeña 4/1994, artículo 8.2 de la Ley 2/2006 de Derecho civil de Galicia, artículo 24.1 de la Ley murciana 3/1995, artículo 51.4 de la Ley navarra 15/2005, artículo 51.2 de la Ley riojana 1/2006 y artículo 58.2 de la Ley vasca 3/2005.

⁸⁰ Artículo 29.1 Dc. andaluz 42/2002 y artículo 108.1 de la Ley catalana 14/2010.

⁸¹ Artículo 29.1 Dc. andaluz 42/2002.

⁸² Así, las normas autonómicas utilizan expresiones muy similares para identificar la situación justificativa de la adopción de medidas cautelares. Por ejemplo, de «casos en que exista un grave riesgo para el menor o cualquier otra causa que exija una intervención urgente» hablan las normas aragonesa y canaria. En términos semejantes se expresa la Ley riojana: «cuando (...) pueda existir peligro para el menor o cualquier otra causa que exija una intervención urgente». A «circunstancias que pongan en grave riesgo la integridad física o psíquica de los menores» se refiere el Dc. andaluz 42/2002. Una expresión similar, la de «hechos que ponen en peligro la integridad física o psíquica de la persona menor», emplea la ley cántabra. La ley vasca habla de «situación que suponga la existencia de desprotección grave para el niño, niña o adolescente en lo que su integridad física o psíquica se refiere y haga precisa una intervención inmediata». La norma asturiana se refiere a «supuestos de urgencia debidamente justificada que demanden una actuación inmediata». La norma balear, a «la existencia de un riesgo grave e inminente para su integridad física o psíquica». La norma navarra, a «situación de urgencia y especial gravedad». Tampoco faltan expresiones mucho más amplias, como la que emplea la Ley madrileña («en caso necesario»).

⁸³ *Vid.* artículo 60.2 de la Ley aragonesa 12/2001, artículo 33 de la Ley asturiana 1/1995, artículo 69 de la Ley balear 17/2006, artículo 48.4 de la Ley canaria 1/1997, artículo 66 de la Ley cántabra 8/2010, artículo 62.1 y 4 de la Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 37.5 de la Ley castellano-manchega 3/1999, artículo 110 de la Ley catalana 14/2010, artículo 12.3 de la Ley extremeña 4/1994, artículo 53 de la Ley madrileña 6/1995, artículo 24.2 de la Ley murciana 3/1995, artículo 53 de la Ley riojana 1/2006, artículo 101 de la Ley valenciana 12/2008, artículo 59 de la Ley vasca 3/2005 y artículo 19.3 del Dc. navarro 7/2009.

valoración positiva, pues permite a la Administración abordar sin demora situaciones de crisis y ulteriormente, mediante la tramitación del oportuno procedimiento administrativo con las necesarias garantías, adoptar una decisión definitiva sobre la conveniencia de declarar el desamparo del menor o su reinserción familiar, de ser posible⁸⁴. Por lo demás, como se ha defendido en otro lugar, personalmente entiendo que esta es la medida de protección a adoptar respecto de los menores extranjeros no acompañados en el momento en que son localizados en territorio español, dadas las condiciones extremas que llegan a nuestro país, sin perjuicio de que con posterioridad se tramite el oportuno expediente de declaración de desamparo⁸⁵.

5. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE ABANDONO EN DERECHO MARROQUÍ

Como sucede en Derecho español, en Derecho marroquí la protección de los menores abandonados pasa por la necesaria declaración formal de abandono. Ahora bien, esta declaración corresponde, no a la Administración, sino a la autoridad judicial, adoptándose en el seno de un procedimiento que se regula en los artículos 3 a 8 Ley núm. 15-01 relativa a la *kafala* de los menores abandonados, dotado de importantes garantías a fin de preservar el interés superior del menor. De este modo, el legislador marroquí, en un planteamiento que difiere del legislador español, ha optado por la *judicialización* de la protección de los menores abandonados, excluyendo cualquier tipo de intervención administrativa.

5.1 *El importante papel del Ministerio Fiscal en la tramitación del procedimiento de declaración de abandono*

La primera singularidad de dicho procedimiento dirigido a obtener la declaración de abandono radica en que, a diferencia del procedimiento español de declaración de desamparo, no se inicia de oficio, sino a instancia de parte, en concreto, del Ministerio Fiscal, lo que, sin duda, encuentra justificación en la función que tiene atribuida en Derecho marroquí de defensor de los intereses de los

⁸⁴ En tales términos se expresa L. MURILLO JASO, «El desamparo de menores y el acogimiento...», cit., p. 274, cuya opinión comparto plenamente.

⁸⁵ Aurora LÓPEZ AZCONA, «El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Derecho español», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 17, 2008, pp. 124-125.

menores⁸⁶, en coincidencia, por lo demás, con el Derecho español. Así resulta del artículo 4 Ley núm. 15-01 que dispone que el Procurador del Rey deberá presentar la demanda de declaración de abandono ante la autoridad judicial competente, que no es otra que el Tribunal de Primera Instancia del lugar donde haya sido encontrado el menor o donde se ubique el centro social donde haya sido internado aquél⁸⁷.

Es más, del tenor de este precepto resulta que el Ministerio Fiscal habrá de presentar la demanda a la mayor brevedad posible desde el momento en que tenga conocimiento de la situación de abandono en que se encuentre el menor ya sea por si mismo o por un tercero. A este respecto, el artículo 3 Ley núm. 15-01, de modo similar a la legislación española (art. 13 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor), impone a toda persona que descubra un menor abandonado el deber de informar de dicha situación a los servicios de policía o gendarmería o a las autoridades locales del lugar donde haya sido encontrado el menor, así como el deber de prestarle asistencia inmediata. El incumplimiento de tal deber está tipificado penalmente, toda vez que el artículo 469 del Código penal marroquí lo sanciona con la pena de reclusión de uno a dos meses y/o multa superior a 100 dirhams.

Por añadidura, con carácter previo a la presentación de la demanda de abandono el Ministerio Fiscal ha de cumplir una serie de obligaciones que le imponen los artículos 4 y 5 Ley núm. 15-01, lo que revela el importante papel que le asigna el Derecho marroquí en los procedimientos de declaración de abandono como, en general, en todos los procedimientos en materia de Derecho de Familia⁸⁸.

En concreto, corresponde el Ministerio Fiscal con carácter cautelar bien ordenar el ingreso del menor ya sea en un centro sanitario o de protección social de la infancia –lo que dependerá de sus condiciones de salud, según entiendo–, bien atribuir su cuidado a una familia o una persona –en concreto, mujer– que desee cuidarlo temporalmente o acogerlo en *kafala* tras la declaración de abandono (arts. 4 y 8 Ley núm. 15-01). Tal previsión merece, sin duda, una valoración positiva, en cuanto articula una suerte de acogimiento provisional de los menores abandonados a fin de dotarles de la debida asistencia durante la tramitación del procedimiento de declaración de abandono, lo que pone de manifiesto la creciente

⁸⁶ Según advierte H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit., p. 30.

⁸⁷ Nótese que, a efectos procesales, en Derecho marroquí se entiende por lugar de residencia el lugar donde la persona se encuentra efectivamente en un momento determinado (art. 520 Código de Procedimiento Civil).

⁸⁸ Circunstancia que destaca el *Rapport établi par des Magistrats français sur le nouveau Code de la Famille marocain...*, cit., p. 1.

implicación del legislador marroquí en materia de protección de menores, más que notoria a partir de la ratificación de la Convención de Derechos del Niño de 1989⁸⁹, aparte de presentar un evidente paralelismo con las medidas cautelares previstas en la legislación española respecto del proceso de declaración de desamparo.

Asimismo, según prevé el artículo 4 *in fine* Ley núm. 15-01, es obligación del Ministerio Fiscal la de proceder a la oportuna investigación a fin de constatar la situación de abandono en que se encuentra el menor. Esta previsión se complementa con lo dispuesto en el artículo 5.2 Ley núm. 15-01, del que resulta que, una vez practicada dicha investigación, el Ministerio Fiscal habrá acompañar a la demanda todos los elementos resultantes de la misma, a fin de que el juez cuente con criterios de valoración suficientes a la hora de pronunciarse sobre la pertinencia (o no) de la declaración de abandono. Con ello se trata, sin duda, de evitar declaraciones infundadas de abandono, en un planteamiento similar al del Derecho español, lo que resulta a todas luces plausible, si bien se echa en falta una previsión similar a la de la legislación española acerca de la necesidad de acreditar la situación de desamparo mediante la evacuación de un estudio técnico de carácter interdisciplinar. Y es que en los términos en que se expresan los artículos precitados, en Derecho marroquí se atribuye exclusivamente al Ministerio Fiscal la responsabilidad de verificar la situación de abandono de los menores, sin que cuente para ello con la ayuda de técnicos procedentes de diferentes ámbitos profesionales como pueden ser asistentes sociales, psicólogos o médicos, lo que, sin duda, facilitaría su tarea, aparte de que resultaría más garantista tanto para el menor como para su familia, en caso de tenerla.

Por último, y solo para el caso de que el menor en situación de abandono no haya sido inscrito en el Registro del Estado Civil, el Ministerio Fiscal habrá de instar dicha inscripción, al objeto de regularizar su estado civil⁹⁰ y, por consiguiente, su situación jurídica (art. 5.1 Ley núm. 15-01). Tal previsión es de suma importancia, toda vez que resulta coherente con los compromisos internacionales asumidos por Marruecos en orden a garantizar los derechos al nombre y a la nacionalidad de los menores consagrados en la Con-

⁸⁹ Según constata Rajae EL MRAHI, *Les droits de l'enfant en Maroc*, p. 1 (consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://www.ahjucaf.org/Les-droits-de-l-enfant-au-Maroc.html>).

⁹⁰ De acuerdo con el artículo 1 de la Ley núm. 37-99 relativa al estado civil, en Derecho marroquí se entiende por estado civil «el régimen consistente en consignar y autenticar los hechos civiles fundamentales relativos a las personas, tales como el nacimiento, la muerte, el matrimonio y el divorcio». (La Ley marroquí relativa al estado civil puede consultarse en <http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/fr/civil/1%20etat%20civil.htm>).

vención Internacional de Derechos del Niño de 1989⁹¹. Por añadidura, con esta medida se trata de corregir el efecto disuasorio que podía suponer en la legislación anterior para las personas interesadas en solicitar la *kafala* la carga de ocuparse de la inscripción de los menores a su cargo⁹².

En cualquier caso, según especifica el precitado precepto, dicha inscripción habrá de practicarse «con respeto a las disposiciones de la legislación relativa al estado civil», lo que implica una remisión a la Ley núm. 37-99 relativa al estado civil y a su Decreto de desarrollo (Decreto núm. 2-99-665)⁹³. De ello resulta que dos son las vías para practicar la inscripción de los menores abandonados: la declaración de nacimiento del propio Ministerio Fiscal y la declaración judicial de nacimiento. Así, en el caso de que el menor sea hijo de padres desconocidos o haya sido abandonado después del parto, la inscripción podrá practicarse mediante la declaración de nacimiento del Ministerio Fiscal en el plazo de treinta días a contar desde el nacimiento, acompañada de un certificado médico que determine aproximadamente la edad del menor (art. 16.5 Ley núm. 37-99 relativa al estado civil y artículo 1 Decreto núm. 2-04-331)⁹⁴. Cuando el menor no se encuentre en ninguna de las dos situaciones descritas o, en todo caso transcurridos los treinta días siguientes al nacimiento, el Ministerio Fiscal no podrá promover directamente la inscripción ante el Oficial del Estado Civil en virtud de su propia declaración de nacimiento, sino que habrá de solicitar al Tribunal de Primera Instancia que dicte una resolución ordenando la inscripción, lo que constituye la denominada «declaración judicial de estado civil» (arts. 217 y 218 Código de Procedimiento Civil).

5.2 *La sustanciación del procedimiento de declaración de abandono ante el Tribunal de Primera Instancia*

Una vez presentada la demanda por el Ministerio Fiscal, corresponde al Tribunal de Primera Instancia la sustanciación del procedimiento de declaración de abandono, que regula muy some-

⁹¹ Como ponen de relieve H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit., pp. 31 y 64-65; y Hafsa AFAILAL, *El sistema de protección de la infancia en Marruecos: debilidades y consecuencias*, p. 11 (consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://www.fmyv.es/ci/es/Infancia/lgpi/31.pdf>).

⁹² A. QARMOUC, *La kafala de niños abandonados*, Ed. Dar Assalam, Rabat, 1.ª ed., 2008, p. 135 (en árabe), citado por H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit., nota 77, p. 32.

⁹³ El Dc. núm. 2-99-665 ha sido consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://www.amb-maroc.fr/documents/ETAT%20CIVIL%20FARNCAIS.pdf>.

⁹⁴ El Dc. núm. 2-04-331 es complementario del Dc. núm. 2-99-665. Ha sido consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://www.amb-maroc.fr/documents/ETAT%20CIVIL%20FARNCAIS.pdf>.

ramente la Ley núm. 15-01. En efecto, la Ley prevé únicamente los trámites relativos a la práctica de la prueba y la sentencia, sin contemplar trámites tan importantes en un procedimiento de esta naturaleza como son la necesaria audiencia y la preceptiva notificación de la declaración de abandono a los sujetos afectados.

Centrando nuestra atención en los trámites regulados en la Ley núm. 15-01, su artículo 6.1 prevé que el Tribunal podrá ordenar la práctica de toda investigación o prueba pericial que estime necesaria, a fin de complementar la investigación desarrollada por el Ministerio Fiscal sobre la situación de abandono del menor.

Si de la prueba practicada resulta que los padres del menor son desconocidos, el Tribunal dictará una sentencia provisional que contenga todas las indicaciones necesarias a efectos de la identificación del menor, con especial mención de sus características físicas y del lugar donde fue encontrado. Acto seguido, el Tribunal ordenará al Ministerio Fiscal la publicación de la misma mediante anuncios a colocar durante un plazo de tres meses en las oficinas de las colectividades locales y de las prefecturas del lugar donde haya sido encontrado el menor, así como en cualquier otro lugar que estime oportuno, al objeto de que los progenitores puedan personarse en el procedimiento para probar su vínculo paterno-filial y reclamar la restitución del menor (art. 6.2 Ley núm. 15-01).

Transcurrido este plazo sin que se personen los progenitores del menor, el Tribunal dictará sentencia declarando el abandono del menor. De igual modo procederá en caso de que el menor tenga padres conocidos, pero se encuentre en alguna de las situaciones determinantes de la situación de abandono contempladas en el artículo 1 Ley núm. 15-01.

Dicha declaración judicial de abandono es susceptible de ejecución provisional, sin perjuicio de que pueda ser objeto de ulterior recurso (art. 6.3 Ley núm. 15-01), previsión esta muy acertada, habida cuenta que con la misma se trata de poner fin sin demora a la situación de abandono en que se encuentra el menor afectado y que, por lo demás, viene a coincidir con lo dispuesto en la legislación española acerca de la eficacia inmediata de las resoluciones administrativas declarativas de desamparo. En concreto, y como primera medida de protección tras la declaración de abandono, el menor podrá ser confiado por el Ministerio Fiscal, de no haberlo sido antes, a un establecimiento –público o privado– especializado en protección de menores o a una familia de acogida hasta que, en su caso, se constituya la *kafala* (art. 8 Ley núm. 15-01).

Muy restrictiva se muestra, sin embargo, la legislación marroquí en orden al deber de notificar la sentencia declarativa de aban-

dono, toda vez que fija como único destinatario de la misma al Juez de Tutelas en su calidad de representante legal de los menores abandonados y de juez competente para resolver las demandas de *kafala* (art. 7 Ley núm. 15-2001), sin hacer referencia al Ministerio Fiscal ni, lo que resulta más cuestionable, a los padres del menor declarado en abandono, lo que no deja de causarles una cierta indefensión, habida cuenta de las importantes repercusiones de la declaración de abandono.

6. LOS MECANISMOS ESPAÑOLES DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO

6.1 La tutela automática de la administración

El Código civil español (arts. 172.1 y 239), atribuye a la entidad pública competente en materia de protección de menores la tutela de los menores en situación de desamparo. En efecto, cuando la entidad pública a la que esté encomendada la protección de menores en cada Comunidad Autónoma declare en desamparo a un menor, asume automáticamente *–ope legis* y, por tanto, sin intervención judicial– la tutela del mismo⁹⁵.

Esta modalidad de tutela *ex lege* o automática constituye la intervención más enérgica de la Administración en el ámbito de la protección de menores, de tal manera que solo debe adoptarse cuando no sea posible la integración del menor en su propia familia o resulte insuficiente la asunción temporal de la guarda administrativa.

6.1.1 CONTENIDO

En atención a lo dispuesto en el artículo 172.1.3 Cc y en la propia normativa autonómica de protección de menores, la tutela automática de la Administración conlleva la suspensión *–que no extinción–* de la patria potestad o, en su caso, de la tutela ordinaria, lo que no deja de resultar sorprendente en un sistema jurídico como el

⁹⁵ Tal y como se indica en la legislación autonómica de protección de menores. *Vid.* p.e. artículo 68.1 de la Ley cántabra 8/2010, artículo 109.1 de la Ley catalana 14/2010, artículo 53.3 de la Ley riojana 1/2006, artículo 103.1 de la Ley valenciana 12/2008 y artículo 58.2.1 de la Ley vasca 3/2005. No obstante, singularmente se desvincula de este planteamiento la Ley balear 17/2006, artículo 73, en cuanto que prevé que la asunción de la tutela por la Administración requiere con carácter previo una resolución judicial de privación de la patria potestad o, en su caso, de remoción de la tutela ordinaria.

español, donde la patria potestad y la tutela están reguladas, en principio, en relación de subsidiariedad e incompatibilidad⁹⁶.

En cualquier caso, esta suspensión afecta tanto al contenido personal como al contenido patrimonial de las referidas instituciones, a diferencia de la guarda administrativa que solo conlleva la asunción temporal por la Administración de la guarda del menor (art. 172.1 Cc)⁹⁷.

En efecto, de acuerdo con el artículo 172.3 Cc, la Administración que asume la tutela *ex lege* asume la guarda de los menores declarados en situación de desamparo. Ello implica en atención a lo dispuesto en el artículo 269 Cc los deberes de velar por el menor tutelado, alimentarlo, educarlo, procurarle una formación integral y, adicionalmente, cuando se trate de un menor incapacitado, el deber de promover la adquisición o recuperación de su capacidad y su mejor inserción en la sociedad. No obstante lo anterior, por aplicación del artículo 160 Cc, los menores tendrán derecho a relacionarse con su familia, en especial, con sus padres y abuelos, siempre que su interés así lo aconseje⁹⁸.

Asimismo, incumbe a la entidad pública la administración de los bienes de los menores a su cargo⁹⁹, con la consiguiente obligación de inventariarlos al inicio de la tutela¹⁰⁰, no así la de prestar fianza, ya que de esta obligación le exonera el artículo 260.2 Cc. Por añadidura, necesitará autorización judicial para llevar a cabo los actos a que se refiere el artículo 271 Cc y deberá rendir cuenta general de su gestión al cesar en el desempeño de su cargo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 279 Cc. Con todo, el artículo 172.1.3 Cc reconoce la validez de los actos patrimoniales que, pese a la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria, realicen los progenitores o el tutor ordinario en representación del menor, siempre sean beneficiosos para este.

⁹⁶ Como advierte atinadamente I. SERRANO GARCÍA, «Comentario al artículo 172 Cc», cit., p. 578. Interesa advertir, no obstante, que la Ley balear 17/2006 (art. 73) contempla de modo acertado la extinción de la patria potestad o tutela ordinaria como efecto de la tutela automática.

⁹⁷ Vid. en el mismo sentido J. I. IGLESIAS REDONDO, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, cit., p. 330. Discrepa, sin embargo, de esta opinión Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, Ed. Civitas, 1989, pp. 94-95, para defender el contenido exclusivamente personal de la tutela automática.

⁹⁸ Sorprende a este respecto que algunas normas autonómicas de protección de menores, como la Ley balear 17/2006 (art. 80.4) o la Ley catalana 14/2010 (art. 116), faculten a la Administración a fijar el régimen de visitas de los menores sujetos a su tutela, en cuanto ello conlleva una importante limitación de la intervención judicial en este ámbito, no deseable.

⁹⁹ Tal y como se prevé expresamente en el artículo 163 CDFR, artículo 61.3 Ley aragonesa 12/2001, artículo 65.3 Ley navarra 15/2005 y artículo 103.2 Ley valenciana 12/2008.

¹⁰⁰ Como indican explícitamente el artículo 163 CDFR o el artículo 34.4 Dc. andaluz 42/2002.

E igualmente, por aplicación del artículo 267 Cc, corresponderá a la Administración la representación legal del menor, salvo para aquellos actos que este pueda realizar por sí mismo¹⁰¹.

En todo caso, la Administración será responsable civilmente de los daños que pueda sufrir el menor por el mal ejercicio de la tutela. Según precisa el artículo 174.3 Cc, dicha responsabilidad no cesa por la vigilancia del Ministerio Fiscal; ni tampoco, en mi opinión, en caso de acogimiento familiar.

Diferente de esta responsabilidad de la Administración derivada de su propia función de tutora es la responsabilidad civil por los daños causados por el menor, cuestión esta que dista de ser pacífica entre la doctrina, habida cuenta de los términos en que se expresa el artículo 1903.3 Cc¹⁰². Personalmente creo que puede defenderse la responsabilidad última de la Administración en su condición de titular de la tutela del menor, ello sin perjuicio de que ulteriormente pueda repetir contra la familia o el director del centro donde haya sido acogido el menor, si el hecho dañoso obedece a la culpa o negligencia de aquellos.

6.1.2 MODO DE EJERCICIO: EL ACOGIMIENTO

A) *Concepto*

Con base en lo dispuesto en el artículo 172.3 Cc, el acogimiento puede definirse como el modo de ejercitar la guarda de los menores asumida por la Administración a petición de los titulares de la misma o por resolución judicial (cuando el menor se encuentre en situación de guarda administrativa) o en concepto de tutora *ex lege* de los menores (cuando el menor se encuentre bajo la tutela automática de la Administración). Como se ha indicado, tal ejercicio se llevará a cabo bien por una persona o familia acogedora (acogimiento familiar), bien por el director del centro donde se encuentre internado el menor (acogimiento residencial).

Dicha institución no debe confundirse con los desplazamientos temporales de menores extranjeros, contemplados en la legislación de extranjería (arts. 187 y 188 ROEX aprobado por Real Decreto 557/2011). En dicha modalidad de protección los progenitores, tutores o guardadores, que permanecen en su país de origen, conservan la guarda del menor, limitándose las personas o familias receptoras a

¹⁰¹ Atribuye expresamente la representación legal del menor a la Administración tutora el artículo 65.3 Ley navarra 15/2005.

¹⁰² Esta polémica doctrinal puede consultarse en Benito SORIANO IBÁÑEZ, «El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas», en *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, cit., p. 269.

tener al menor en su compañía durante un determinado periodo temporal, que varía en función de los fines perseguidos que no pueden ser otros que escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones. En ningún caso los menores así acogidos podrán ser adoptados por las personas o familias de acogida, quienes deben comprometerse a favorecer el regreso de aquellos a su país de origen.

B) Modalidades

En el Código civil, así como en la legislación autonómica de protección de menores se distinguen dos modalidades de acogimiento, el residencial y el familiar. Los criterios a tener en cuenta por la Administración a la hora de determinar cuál es la modalidad pertinente en cada caso concreto son la prioridad del interés del menor y el principio de integración familiar.

En el primer criterio parecen inspirarse las previsiones normativas relativas a la adecuación de las medidas de protección a las circunstancias del menor (art. 172.4 Cc)¹⁰³, la posibilidad de modificar la modalidad de acogimiento en función de la evolución del menor (art. 172.5 Cc)¹⁰⁴ y el carácter reservado de las actuaciones en materia de protección de menores¹⁰⁵.

Son manifestaciones del principio de integración familiar el procurar la reinserción del menor en su familia de origen (art. 172.4 Cc)¹⁰⁶, el carácter preferente del acogimiento familiar¹⁰⁷ y el procurar mantener unidos a los hermanos (art. 172.4 Cc)¹⁰⁸.

¹⁰³ Vid. en el mismo sentido, entre otros, el artículo 162.1 Código del Derecho Foral de Aragón, el artículo 57.i Ley balear 17/2006, el artículo 38.a Ley gallega, 3/2011, el artículo 3.k Ley navarra 15/2005 y el artículo 86 Ley riojana 1/2006.

¹⁰⁴ Previsión que contienen, entre otros, el artículo 162.3 Código del Derecho Foral de Aragón, el artículo 84 Ley balear 17/2006, el artículo 122 Ley catalana 14/2010 y el artículo 72 Ley navarra 15/2005.

¹⁰⁵ Vid. p.e. artículo 162.4 Código del Derecho Foral de Aragón, artículo 26.2 Ley andaluza 1/1998, artículo 57.j Ley balear 17/2006, artículo 38.i Ley gallega 3/2011, artículo 39.J. Ley navarra 15/2005, artículos 11.2 y 78.3 Ley riojana 1/2006 y artículo 84.1.i Ley valenciana 12/2008 y artículo 61.2 Ley vasca 3/2005.

¹⁰⁶ Vid. en el mismo sentido artículo 122.1 Código del Derecho Foral de Aragón, artículo 37.3 Ley cántabra 8/2010, artículo 76 Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 42.3 Ley castellano-manchega 3/1999, artículo 109.1 Ley catalana 14/2010, artículo 3.b Ley extremeña 4/1994, artículo 56 Ley riojana 1/2006, artículo 12.2 Ley murciana 3/1995, artículos 3.c y 57 Ley navarra 15/2005, artículo 61.2 Ley vasca 3/2005, artículo 35.2 Dc andaluz 42/2002 y artículo 4.5 Dc. aragonés 190/2008.

¹⁰⁷ Vid. en el mismo sentido, entre otros, el artículo 162.2 Código del Derecho Foral de Aragón, el artículo 27.a Ley andaluza 1/1998, el artículo 87.1 Ley balear 17/2006, el artículo 120.2 Ley catalana 14/2010, el artículo 27.b Ley gallega 3/2011, el artículo 69.b Ley navarra 15/2005, el artículo 63.3 Ley riojana 1/2006, el artículo 115.2 Ley valenciana 12/2008 y artículo 80 Ley vasca 3/2005.

¹⁰⁸ Vid. en el mismo sentido, entre otros, el artículo 162.1 Código del Derecho Foral de Aragón, el artículo 27.b Ley andaluza 1/1998 los artículos 58.g y 80.1 Ley balear 17/2006, el artículo 129.4 Ley catalana 14/2010, el artículo 68.d Ley navarra 15/2005 y el artículo 62.3 Ley riojana 1/2006.

a) El acogimiento familiar

El acogimiento familiar constituye un instrumento de protección que proporciona al menor un núcleo de convivencia familiar, en sustitución o como complemento del propio, bien sea de forma temporal para su reinserción en su familia de origen o para su adaptación a la familia que lo vaya a adoptar, bien sea de forma permanente cuando la edad u otras circunstancias del menor y de su familia así lo requieran¹⁰⁹.

Su ejercicio corresponde a la persona o personas que designe la Administración para sustituir al núcleo familiar del menor (art. 173.1.2 Cc) en atención a diversos criterios que permitan determinar su idoneidad, tales como la diferencia de edad con el menor, estado de salud, recursos económicos, situación familiar, motivación, aptitud educadora o, en general, la capacidad para atender a las necesidades del menor¹¹⁰.

Produce como principal efecto el desarrollo del ejercicio de la guarda del menor por la persona o familia acogedora con las obligaciones que conlleva (en particular, las de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral)¹¹¹, bajo la supervisión de la Administración titular de aquella (art. 173.1.1 Cc)¹¹².

En atención a su finalidad, el acogimiento familiar puede adoptar tres formas distintas (art. 173 bis Cc):

a') *Acogimiento familiar simple*: Tiene carácter transitorio. Procede cuando sea previsible la reinserción del menor en su propia familia o mientras se adopta una medida de protección más estable.

¹⁰⁹ Según resulta de la lectura de la normativa autonómica de protección de menores. *Vid.*, en particular, artículo 70 Ley aragonesa 12/2001, artículo 43.1 Ley asturiana 1/1995 12/2001, artículo 65.2 Ley canaria 1/1997, artículo 70 Ley gallega 3/2011 y artículo 38.1 Dc. navarro 7/2009.

¹¹⁰ *Vid.* p.e. artículo 46 Ley asturiana 1/1995, artículo 82.2 Ley balear 17/2006, artículo 61.1 Ley canaria 1/1997, artículo 75.6 Ley cántabra 8/2010, artículo 129.3 Ley catalana 14/2010, artículo 47.2 Ley castellano-manchega 3/1999, artículo 58 Ley madrileña 9/2005, artículo 42 Ley navarra 7/2009 y artículo 73.1 Ley vasca 3/2005.

Adicionalmente, el artículo 41.2.b, c y d Ley navarra 7/2009 introduce unos criterios de índole negativo como son: 1. no haber sido privado de la patria potestad de ningún menor o estar incurso en causa de privación de la misma; 2. no haber sido condenado por sentencia penal firme por delito de homicidio, delito de lesiones o delito contra la libertad, integridad moral o los derechos o deberes familiares, de los que haya sido víctima el menor o su familia; y 3. no encontrarse afectado por investigación o por medida de actuación para la protección de menores a su cargo por razón de riesgo o desamparo.

¹¹¹ Adviértase a este respecto que el artículo 173.1.1 Cc define el acogimiento familiar con la misma fórmula legal que describe el contenido personal de la patria potestad en el artículo 154 Cc.

¹¹² Según especifican el artículo 125.2 Ley catalana 14/2010, artículo 16.1 Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia y artículo 68.2 Ley 3/2001 de apoyo a la familia y a la convivencia en Galicia, artículo 74.2 Ley riojana 1/2006, artículo 74 Ley vasca 3/2005 y artículo 44.d Dc. navarro 7/2009.

b') *Acogimiento familiar permanente*: Se constituye con una duración indefinida en aquellos casos en que la edad u otras circunstancias del menor y de su familia aconsejen proporcionarle una mayor estabilidad y no sea factible un acogimiento preadoptivo. Conlleva una mayor autonomía de la persona o personas acogedoras respecto de las funciones derivadas de la guarda del acogido, mediante la atribución de aquellas facultades, patrimoniales y personales, de la tutela que faciliten el desempeño de aquellas.

Según prevén algunas normas autonómicas, el acogimiento familiar simple o permanente puede constituirse en familia extensa o en familia ajena. Con carácter preferente, el *acogimiento* se constituye *en familia extensa* cuando los solicitantes del mismo sean bien parientes del menor, bien personas especialmente vinculadas con éste, siempre que resulten idóneos. Subsidiariamente, el *acogimiento en familia ajena* se formaliza con personas sin vinculación familiar o afectiva con el menor, en defecto de parientes o allegados o por falta de idoneidad de éstos¹¹³.

c') *Acogimiento familiar preadoptivo*: Constituye un paso previo a la adopción, que persigue el fin de facilitar el conocimiento y la adaptación mutua entre el menor y su futura familia adoptiva. En concreto, la Administración puede acordarlo cuando eleve a la autoridad judicial la propuesta de adopción del menor y mientras no se dicte resolución judicial o, con anterioridad a la presentación de dicha propuesta, cuando considere necesario establecer un periodo de adaptación. En ningún caso podrá exceder del plazo de un año.

b) El acogimiento residencial

El acogimiento residencial consiste en ingresar al menor en un centro de protección adecuado a sus características para que reciba la atención y educación necesarias¹¹⁴. Es un instrumento de protección a adoptar subsidiariamente cuando el acogimiento familiar en cualquiera de sus modalidades resulten imposible o inadecuado y hasta que se arbitre otra medida protectora. Por ello, la Administración debe procurar que el menor permanezca internado durante el tiempo lo más breve posible¹¹⁵. Por añadidura, tal medida podrá

¹¹³ En concreto, artículo 61.2 Ley canaria 1/1997, artículo 127 Ley catalana 14/2010, artículo 84.2 Ley riojana 1/2006, artículo 116.2 Ley valenciana 12/2008 y artículo 41.d Dc. navarro 7/2009.

¹¹⁴ De acuerdo con la definición de esta medida de protección que ofrecen, entre otros, el artículo 95.1 Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 49 Ley castellano-manchega 3/1999, artículo 132.2 Ley catalana 14/2010, artículo 71.1 Ley gallega 3/2011 y artículo 87.1 Ley riojana 1/2006.

¹¹⁵ *Vid.* en este sentido el artículo 36.2 Ley andaluza 1/1998, artículo 66.2 Ley aragonesa 12/2001, artículo 87.1 Ley balear 17/2006, artículo 77.4 Ley cántabra 8/2010, artículo 96.1 y 2 Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 52 Ley castellano-manchega 3/1999,

ser cumplimentada con la estancia con familias colaboradoras durante los fines de semana y periodos vacacionales¹¹⁶.

En esta categoría de acogimiento, y como ya se ha indicado, el ejercicio delegado de la guarda del menor corresponde al director del centro donde sea acogido el menor (art. 172.3 Cc).

Una modalidad de acogimiento residencial es el *acogimiento residencial especial* que tiene por objeto menores en circunstancias especiales, ya sean discapacitados físicos o psíquicos o consumidores de droga. Estos acogimientos se llevan a cabo en centros especializados, con la necesaria autorización judicial en su caso¹¹⁷.

C) Constitución

El artículo 173 Cc regula posibles vías de constitución del acogimiento, una principal que se formaliza a nivel administrativo y otra judicial, de carácter subsidiario.

a) El acogimiento administrativo

El acogimiento administrativo o constituido por la entidad pública procede en los siguientes casos:

1. Cuando los padres –los titulares de la autoridad familiar en Aragón– o el tutor ordinario hayan prestado su consentimiento a dicha medida de protección;
2. Cuando los padres –los titulares de la autoridad familiar en Aragón– sean desconocidos;
3. Cuando los padres hayan sido privados de la patria potestad –en Aragón cuando los titulares de la autoridad familiar hayan sido privados de ella–.

Debe formalizarse por escrito con el consentimiento de la propia entidad pública, de las personas acogedoras, del acogido mayor de doce años, y de los padres no privados de la patria potestad –de los titulares de la autoridad familiar, en Aragón– o, en su caso, del tutor ordinario, siempre que sean conocidos (art. 172.2 Cc).

artículo 132.1 Ley catalana 14/2010, artículo 21 Ley 2/2006 de Derecho civil de Galicia y artículo 71.2 Ley gallega 3/2011, artículo 87.3 Ley riojana 1/2006 y artículo 76.1 Ley vasca 3/2005.

No obstante, en la práctica es la modalidad de acogimiento por la que se opta en un primer momento, pudiendo llegar a convertirse en definitivo cuando el menor no sea susceptible de adopción o cuando no sea factible un acogimiento no preadoptivo, según hace constar L. MURILLO JASO, «El desamparo de menores y el acogimiento...», cit., p. 281.

¹¹⁶ Según establecen algunas normas autonómicas, tales como el artículo 36.4 Ley andaluza 1/1998, artículo 66.4 Ley aragonesa 12/2001 y artículo 132.7 Ley catalana 14/2010.

¹¹⁷ Artículo 38 y 39 Ley andaluza 1/1998, artículo 69 Ley aragonesa 12/2001, artículo 87.5 Ley balear 17/2006, artículo 96.5 Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 53.b ley castellano-manchega 3/1999 y artículo 91 Ley riojana 1/2006.

La falta de consentimiento del acogido mayor de doce años o de los acogedores excluye la constitución del acogimiento administrativo e impide, asimismo, el acogimiento judicial. Sin embargo, la no comparecencia u oposición al acogimiento de los padres no privados de la patria potestad –en Aragón los titulares de la autoridad familiar no privados de ella– o, en su caso, del tutor ordinario excluye el acogimiento administrativo, pero deja abierta a la Administración la posibilidad de promover un acogimiento judicial (art. 172.3 Cc).

b) El acogimiento judicial

El acogimiento judicial o constituido por resolución judicial es subsidiario del acogimiento administrativo, en el sentido que solo procede cuando los padres o el tutor ordinario no hayan comparecido a la constitución de aquel o se hayan opuesto al mismo (art. 172.3.1 Cc)¹¹⁸.

La constitución del acogimiento por decisión judicial puede ser promovida por la propia Administración o por el Ministerio Fiscal mediante la presentación de correspondiente demanda (art. 1828.1 LEC de 1881).

Requiere, al igual que el acogimiento administrativo, el consentimiento de los acogedores y del acogido mayor de doce años y de la Administración, siempre que no haya sido la promotora del expediente, no así de los padres o tutor ordinario, quienes, no obstante, tienen derecho de audiencia (art. 1828.2 LEC de 1881). Obviamente, la principal duda que se plantea a este respecto es la relativa a la posibilidad de constituir el acogimiento judicial en caso de que el menor se oponga al mismo. Aunque la cuestión es complicada, personalmente creo que difícilmente el Juez podrá acordar un acogimiento en este caso, habida cuenta de la difícil –por no decir imposible– integración en la familia acogedora de un menor de esta edad contra su voluntad¹¹⁹.

El procedimiento judicial se sustancia por los trámites de la jurisdicción voluntaria¹²⁰ y finaliza con un auto, acordando o denegando la constitución del acogimiento, que habrá de ser consecuencia de un examen a fondo de la propuesta y de su con-

¹¹⁸ B. SORIANO IBÁÑEZ, «El desamparo de menores y el acogimiento...», cit., p. 265, habla a este respecto de «función sustitutoria» del Juez, en cuanto «rellena con su actuación el vacío provocado por los padres no privados de la patria potestad o el tutor del menor».

¹¹⁹ *Vid.* en el mismo sentido B. SORIANO IBÁÑEZ, «El desamparo de menores y el acogimiento...», cit., p. 265.

¹²⁰ Opción del legislador que L. MURILLO JASO, «El desamparo de menores y el acogimiento...», cit., p. 284, califica de adecuada, toda vez que impide que el procedimiento se paralice, convirtiéndose en contencioso por la oposición de los padres o del tutor.

veniencia para el menor¹²¹. A tal efecto, el artículo 1826.1 LEC de 1881 faculta al Juez ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que el acogimiento resultará beneficioso para el menor. Contra dicho auto cabe recurso de apelación (art. 1826.3 y art. 1828.6 LEC de 1881).

En todo caso, mientras se tramita el expediente judicial la entidad pública podrá acordar un acogimiento familiar provisional en interés del menor (art. 172.3.2 Cc)¹²².

D) *Cese*

En atención a lo dispuesto en el artículo 173.3 Cc, el acogimiento es susceptible de cese judicial o extrajudicial.

El cese en virtud de resolución judicial constituye la única forma de extinción del acogimiento judicial, aunque entiendo que también puede afectar al acogimiento administrativo en caso de la Administración lo haya denegado.

El cese extrajudicial o en virtud de resolución administrativa solo afecta al acogimiento administrativo. En particular, tiene lugar en los supuestos que se enuncian a continuación:

a) Cuando la persona o personas que tienen acogido al menor así lo decidan, siempre que lo comuniquen a la entidad pública. Se permite, por tanto, la renuncia al acogimiento, sin necesidad de que medie causa justificada.

b) A petición de los progenitores o tutor que reclamen la compañía del menor, siempre que haya cesado la situación constitutiva de desamparo.

c) Cuando la entidad pública que tenga la tutela del menor lo estime necesario para salvaguardar el interés del mismo, lo que sucederá en aquellos casos en que los acogedores devengan sobrevenidamente inidóneos para cumplir las funciones inherentes al acogimiento.

6.1.3 LA VIGILANCIA DEL MINISTERIO FISCAL

En atención a lo dispuesto en el artículo 174 Cc, la tutela automática y el acogimiento están sometidos a la vigilancia del Ministerio Fiscal. De este modo, el legislador atribuye en exclusiva al Ministe-

¹²¹ Comparto en este punto la opinión de B. SORIANO IBÁÑEZ, «El desamparo de menores y el acogimiento...», cit., p. 265. Discrepo, sin embargo, de L. MURILLO JASO, *idem*, p. 283.

¹²² Como advierte L. MURILLO JASO, «El desamparo de menores y el acogimiento...», cit., p. 284, esta modalidad de acogimiento carece de regulación en el Código civil, por lo que su contenido, en principio habrá de ser el del artículo 173.2 Cc, si bien *modalizado* en función de su provisionalidad y su pendencia respecto de la decisión judicial.

rio público la función de vigilancia de esta modalidad de tutela, prescindiéndose, sin embargo, de la presencia garante de la autoridad judicial, a diferencia de lo que sucede con la tutela ordinaria¹²³.

Esta función de control del Ministerio Fiscal se extiende a toda actuación pública en materia de protección de menores. A tal efecto, el artículo 174.2.1 Cc impone a la Administración las obligaciones siguientes: 1. de darle noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores; 2. de remitirle copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, modificación o cese de las tutelas y acogimientos; y 3. de comunicarle cualquier novedad de interés en la circunstancias del menor.

Por su parte, el Ministerio Fiscal tiene la obligación de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor; así como la de promover ante el Juez las medidas de protección que estime convenientes (art. 174.2.2 Cc).

6.2 Medidas de protección alternativas

La tutela automática de la Administración se configura legalmente como una medida de protección temporal¹²⁴ que, en principio, dará paso a otras situaciones más estables como son la reinserción familiar del menor, la tutela ordinaria y la adopción.

Como opción preferencial del legislador se contempla la reintegración del menor a los titulares de la patria potestad (autoridad familiar en Aragón) o de la tutela ordinaria, siempre que hayan desaparecido las causas que dieron lugar a la declaración de desamparo y dicha reinserción resulte acorde con el interés del menor, prioritario en todo caso¹²⁵.

¹²³ La ausencia de control judicial en esta modalidad de tutela ha suscitado fuertes críticas entre la doctrina. *Vid.* p.e. J. M. RUIZ RICO RUIZ, «La tutela *ex lege*...», cit., p. 60; I. SERRANO GARCÍA, «Comentario al artículo 172 Cc», cit., p. 583; y B. SORIANO IBÁÑEZ, «El desamparo de menores y el acogimiento...», cit., p. 255.

¹²⁴ Tal y como resulta de la lectura, entre otros, del artículo 73.2 Ley balear 17/2006, artículo 109.1 Ley catalana 14/2010, artículo 56 Ley 1/2006 de La Rioja, artículos 84.3 y 105.1.a Ley valenciana 12/2008 y artículo 35.1 Dc. andaluz 42/2002.

¹²⁵ Así resulta tanto del artículo 172.4 Cc como de la normativa autonómica (p.e. art. 122.1 CDFA, artículo 37.3 Ley cántabra 8/2010, artículo 76 Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 42.3 Ley castellano-manchega 3/1999, artículo 109.1 Ley catalana 14/2010, artículo 3.b Ley extremeña 4/1994, artículo 56 Ley riojana 1/2006, artículo 12.2 Ley murciana 3/1995, artículos 3.c y 57 Ley navarra 15/2005, artículo 61.2 Ley vasca 3/2005, artículo 35.2 Dc andaluz 42/2002 y artículo 4.5 Dc. aragonés 190/2008).

No obstante, como pone de relieve la STS de 31 de julio de 2009, la reinserción familiar del menor «no es reconocida como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor».

En segundo lugar, mientras no sea posible la reinserción del menor en su propia familia, se prevé la promoción de la tutela ordinaria, siempre que existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela (art. 229 y 239.2 Cc) y así lo aconseje el interés del menor¹²⁶. Respecto de los MENAs tal medida se encuentra contemplada específicamente en la LOEX tras la reforma de que ha sido objeto por la Ley Orgánica 2/2009. En concreto, su artículo 35.11 prevé la promoción de la tutela ordinaria a favor de entidades privadas dedicadas a la protección de menores, previo convenio entre éstas y la Administración.

En último término, para el caso que el retorno familiar se revele impracticable o inconveniente para el interés del menor y no haya una persona que pueda asumir su tutela ordinaria, se posibilita la constitución de la adopción a favor de la persona o personas que haya declarado idóneas la Administración¹²⁷.

No obstante, cuando ninguna de estas opciones resulte posible o sea conveniente para el interés del menor, la tutela administrativa se prolongará hasta la mayoría de edad o, en caso, emancipación del sujeto afectado¹²⁸. Mientras tanto, como ya se expuesto, la Administración delegará el ejercicio de la guarda –esto es, el contenido personal de la tutela– a favor bien de una persona o familia acogedora (acogimiento familiar), bien del director del centro donde sea acogido el menor (acogimiento residencial).

7. LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES DECLARADOS EN ABANDONO EN DERECHO MARROQUÍ

El Derecho marroquí articula dos instrumentos de protección específicos para los menores abandonados: la *wilaya* judicial y la

¹²⁶ Artículo 122.2 CDFA y artículo 63 Ley aragonesa 12/2001 (condicionada a que no haya titulares de la autoridad familiar), artículo 38 Ley asturiana 1/1995, artículo 732 Ley balear 17/2006, artículo 55 Ley canaria 1/1997, artículos 76.3 y 83 Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 109.1 Ley catalana 14/2010, artículo 11 Ley extremeña 4/1994, artículo 56.1.d Ley madrileña 6/1995, artículo 26 Ley murciana 3/1995, artículo 56.3.2 Ley riojana 1/2006, artículo 104 Ley valenciana 12/2008 y artículo 61.2 Ley vasca 3/2005.

¹²⁷ Artículo 62.1 letra b) Ley aragonesa 12/2001, artículo 22 letra b) Ley asturiana 1/1995, artículo 73.2 Ley balear 17/2006, artículo 70.1.b Ley cántabra 8/2010, artículo 76.3 Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 109.1 Ley catalana 14/2010, artículo 16.d Ley extremeña 4/1994, artículo 56.1 letra g Ley madrileña 6/1995, artículo 17.b Ley murciana 3/1995, artículo 56.4 Ley riojana 1/2006, artículo 122.1.c Ley valenciana 12/2008 y artículo 61.2 Ley vasca 3/2005.

¹²⁸ Según prevén expresamente el artículo 62.1.a Ley aragonesa 12/2001, artículo 22.a Ley asturiana 1/1995, artículo 73.2 Ley balear 17/2006, artículo 70.1.a Ley cántabra 8/2010, artículo 72.b Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 109.1 Ley catalana 14/2010, artículo 17.a Ley murciana 3/1995, artículo 122.1.d Ley valenciana 12/2008 y artículo 62 Ley vasca 3/2005.

kafala. Así, una vez declarado el abandono de un menor la primera medida de protección prevista es la *wilaya* o tutela legal a favor del Juez de Tutelas, institución que presenta un cierto paralelismo con la figura española de la tutela automática de la Administración. Solo en un momento posterior y en el caso de solicitarla alguna de las personas enumeradas en el artículo 9 Ley núm. 15-01 relativa a la *kafala* de los menores abandonados, se constituirá la institución de la *kafala*, asumiendo el *kafil* la guarda y, de modo complementario, la tutela dativa del menor. Ambas medidas están destinadas a sustituir la protección dispensada a los menores por sus progenitores a través de la *hadana* y la *wilaya*, de las cuales habrán sido privados como consecuencia de la declaración de abandono, según parece resultar del artículo 29 Ley núm. 15-01 y del artículo 173 *Mudawana*¹²⁹.

El menor abandonado, sin embargo, no podrá ser dado en adopción, en cuanto que dicha institución –en sus dos variantes, simple y plena– carece de validez en Derecho marroquí, al igual que en la mayor parte de los países islámicos, lo que se justifica en el principio de preservación de los lazos de sangre que inspira estos Ordenamientos Jurídicos, por abierta influencia del Islam¹³⁰. Así, la *Mudawana* en su artículo 149 dispone que «la adopción (*at-tabanni*) es jurídicamente nula y no produce ninguno de los efectos de la filiación parental legítima». En concordancia con este precepto, su artículo 142 prevé que «la filiación parental resulta de la procreación del hijo por sus padres»¹³¹.

Sí contempla, en cambio, el legislador marroquí la reintegración del menor a su familia, una vez que desaparezcan las causas que motivaron la declaración de abandono¹³². No obstante, al igual que sucede en Derecho español, dicha reinscripción no es automática, sino que los padres del menor habrán de solicitar la recuperación de la tutela legal (*wilaya*) a la autoridad judicial, quien decidirá en atención al interés del menor (art. 29 Ley núm. 15-01).

¹²⁹ En concreto, el artículo 29 Ley núm. 15-01 permite la recuperación de la *wilaya* de los padres en caso de que cesen las causas de abandono, de lo que cabe deducir *a sensu contrario* que la declaración de abandono determina el cese de aquélla. Por su parte, el artículo 173 *Mudawana* se refiere al incumplimiento de las funciones inherentes a la *hadana* como causa de pérdida de la misma, aparte de constituir una de las circunstancias constitutivas del abandono. De este modo, habrá que entender que los padres, de ser conocidos y de no haber sido privados de la *wilaya* o la *hadana* antes de la declaración de abandono, perderán su titularidad como consecuencia de la declaración de abandono.

¹³⁰ Sobre este particular *vid.* más ampliamente K. QUALD ALI y T. SAGHIR, «Acercaamiento a la adopción en los países del Magreb», cit., pp. 84-86; y M.^a del Pilar DIAGO DIAGO, «La *kafala* islámica en España», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2. núm. 1, 2010, pp. 142-143.

¹³¹ Traducción del francés nuestra.

¹³² A mi juicio y en discrepancia con M. del P. DIAGO DIAGO, «La *kafala* islámica en España», cit., 156.

7.1 La tutela legal (*wilaya*) del Juez de Tutelas

Como se ha señalado, la declaración de abandono de un menor conlleva como efecto inmediato la atribución de la tutela *ex lege* al Juez de Tutelas. Así resulta del artículo 7.2 Ley núm. 15-2001, cuyo tenor es el siguiente: «el Juez de Tutelas asegura la tutela de los niños abandonados»¹³³. Estamos, por tanto, ante una tutela legal (*wilaya*), cuyo contenido, como precisa el mismo precepto acto seguido, se rige por la *Mudawana*.

Ahora bien, esta remisión a la *Mudawana* por parte de la legislación de menores abandonados no resulta muy clarificadora a la hora de delimitar el contenido de esta modalidad de tutela legal, ya que dicho cuerpo legal renuncia a dotarla de una regulación específica para centrar su atención en la tutela legal (*wilaya*) paterna y materna, al tratarse de los supuestos más habituales (arts. 236 a 243 *Mudawana*)¹³⁴. Así las cosas, solo las disposiciones generales en materia de representación legal contenidas en la *Mudawana* (arts. 229 a 235), con las debidas adaptaciones, nos permiten una aproximación a la figura de la tutela legal (o *wilaya*) del Juez.

En concreto, de lo dispuesto en los artículos 230 y 231 *Mudawana* resulta que el Juez de Tutelas, en su condición de tutor legal de los menores abandonados, ostenta su representación legal¹³⁵ y, por ende, tiene poder de decisión tanto sobre su persona como sus bienes hasta que alcancen la mayoría de edad (art. 233 *Mudawana*)¹³⁶.

En lo que atañe a la esfera personal del menor, según dispone el artículo 235.1 *Mudawana* en términos de gran amplitud, el Juez habrá de velar sobre los asuntos personales del menor, asegurándole una orientación religiosa y una formación, y preparándole para la vida. No le corresponderá, sin embargo, la guarda o cuidado personal del menor, dada la disociación existente en Derecho marroquí entre la *wilaya* y la *hadana*¹³⁷, de tal manera que esta última

¹³³ Traducción del francés nuestra.

¹³⁴ Advierten de esta insuficiencia de regulación, asimismo, M.-C. FOLETS y J.-Y. CARLIER, *Le Code Marocain de la famille...*, cit., p. 107.

¹³⁵ Los artículos 230 y 231 Código de la Familia atribuyen la representación legal de los menores por el siguiente orden a: 1. el tutor legal (ya sea el padre, la madre o el Juez); 2. el tutor testamentario designado por el padre o la madre; y 3. el tutor dativo designado por el Juez.

¹³⁶ El artículo 233 Código de la Familia dispone que: «El representante legal ejerce su tutela sobre la persona y los bienes del menor, hasta que alcance la edad de la mayoría legal» (traducción del francés nuestra).

¹³⁷ Según se ha advertido *supra* en nota 52, el Derecho marroquí no conoce una institución similar a la patria potestad ni a la tutela ordinaria del Derecho español, sino que su contenido se desdobra en dos instituciones distintas como son la *wilaya* y la *hadana*. De este modo, como advierten M. D. CERVILLA GARZÓN y I. ZURITA MARTÍN, *El Derecho de familia marroquí...*, cit., p. 153, la persona a cargo de la *hadana* (*hadina*) no ejerce la guarda jurídica del menor ni puede actuar en su nombre, funciones éstas que corresponden

habrá de atribuirse, de ser posible, a la abuela materna o, en su defecto, al pariente más próximo que se encuentre más capacitado para asumirla, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 171 Código de la Familia.

Por lo que se refiere a la esfera patrimonial del menor, el Juez, como tutor legal, ha de ocuparse de la gestión ordinaria de los bienes del menor (art. 235.1 Código de la Familia). No son de aplicación, sin embargo, a esta modalidad de tutela las previsiones de la *Mudawana* (art. 235.2 y 3, que desarrollan los artículos 265 a 276) acerca de la sujeción del representante legal a control judicial, habida cuenta de que en este caso es el mismo Juez a quien se atribuye dicho control –esto es, el Juez de Tutelas– el que ejerce la tutela¹³⁸.

En cualquier caso, en los términos en que se expresa la Ley núm. 15-2001, esta medida de protección parece configurarse, al igual que la tutela automática de la Administración en Derecho español, como una medida provisional o temporal que solo perdurará mientras el menor no sea acogido en *kafala*.

7.2 La *kafala*

A) *Noción legal*

Según se desprende de la lectura de la Ley núm. 15-01, el legislador marroquí parece contemplar la *kafala* como el mecanismo de protección prioritario para los menores declarados en abandono. Dicha institución, profundamente arraigada en el Derecho islámico y que ha merecido reconocimiento por parte del Derecho internacional¹³⁹, puede definirse, con base en lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley precitada, como el compromiso de asumir la protección,

exclusivamente al titular de la *wilaya*, que normalmente será una persona distinta a la *hadina*.

¹³⁸ Vid. en el mismo sentido M. D. CERVILLA GARZÓN y I. ZURITA MARTÍN, *El Derecho de familia marroquí...*, cit., pp. 180-181.

¹³⁹ Interesa, en especial, el artículo 20 Convenio sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificado por Marruecos, cuyo tenor es el siguiente: «1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar; o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del estado. 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la *kafala del Derecho islámico*, la adopción o, de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico» (la cursiva es nuestra).

la educación y el cuidado de un menor como un verdadero hijo, pero sin que atribuya derecho a la filiación ni a la sucesión.

De esta definición resultan, por tanto, las siguientes notas caracterizadoras de la *kafala*:

1. Es un instrumento de protección de menores de contenido meramente personal. Esto es, se configura como un deber de crianza y educación equiparable al que corresponde a los progenitores, pero sin que comprenda la representación legal del menor ni la administración de sus bienes, lo que le aproxima a la figura de la *hadana*.

2. No genera vínculo de filiación alguno entre el *kafil* (titular de la *kafala*) y el *makful* (menor sujeto a la *kafala*) ni, por consiguiente, derechos sucesorios entre ambos ni frente a sus respectivas familias. Ello es así, porque, de lo contrario se estarían atribuyendo a la *kafala* los efectos propios de la adopción, institución que, como hemos dicho, no se admite en Derecho marroquí ni en la mayor parte de los Derechos islámicos¹⁴⁰.

Con todo, esta noción legal se revela un tanto incompleta, lo que hace necesario acudir a otros preceptos de la Ley núm. 15-01, en particular, a sus artículos 22 y 24, al objeto delimitar con mayor precisión los efectos propios de la institución, cuestión esta que abordamos en el siguiente epígrafe.

B) *Contenido*

La *kafala* es una institución singular del Derecho islámico que no resulta asimilable a ninguno de los mecanismos de protección de menores que contempla la legislación española¹⁴¹. Por ello, su contenido solo puede explicarse en el marco del Derecho de familia marroquí y, más exactamente, en conexión con los diferentes instrumentos de protección de menores que contempla éste.

En concreto, el contenido exclusivamente personal de la *kafala* la convierte en una institución equivalente a la *hadana*, en la que la función de guarda y custodia del menor es asumida, voluntariamen-

¹⁴⁰ Aspecto este en que ha centrado su atención buena parte de la doctrina. *Vid.* p.e. K. QUALD ALI y T. SAGHIR, «Acercamiento a la adopción en los países del Magreb», cit., p. 87; M.^a del P. DIAGO DIAGO, «La *kafala* islámica en España», cit., p. 144; y Marie-Christine LE BOURCICOT, «La *Kafala* ou recueil légal desde mineurs en droit musulman: une adoption sans filiation», *Droit et cultures*, núm. 59, 2010-1, pp.2-3 (consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://droitcultures.revues.org/2138>).

¹⁴¹ Como advierte certeramente M.^a del P. DIAGO DIAGO, «La *kafala* islámica en España», cit., p. 142, la *kafala* debe ser entendida en el contexto del Derecho islámico que, difícilmente, puede comprenderse desde las estructuras de los esquemas occidentales. *Vid.* en el mismo sentido M.-C. LE BOURCICOT, «La *Kafala* ou recueil légal desde mineurs en droit musulman...», cit., pp. 6-9.

te y en defecto de progenitores que puedan ejercerla, por otra persona, ya sea física (un matrimonio o una mujer no casada) o jurídica (un establecimiento público o privado competente en materia de protección de menores). Resulta significativo a este respecto que el artículo 22.1 Ley núm. 15-01 atribuya al *kafil* las obligaciones relativas a la manutención, guarda y protección, y educación del *makful*, conforme a las disposiciones de la *Mudawana* relativas a la guarda y educación de los menores, que, no son otras que las relativas a la *hadana*. De esta remisión y, en particular, por aplicación de los artículos 163 y 177 *Mudawana* resulta que el *kafil* debe adoptar todas las disposiciones necesarias para preservar y garantizar la seguridad física y psicológica del *makful*, así como velar por sus intereses, lo que incluye el deber de comunicar al Ministerio Fiscal los posibles perjuicios a los que esté expuesto el menor a fin de que adopte las medidas oportunas. Igualmente, entre las funciones del *kafil* se encuentra la de velar por la educación y la orientación escolar y religiosa del *makful*, en atención a lo dispuesto en los artículos 169 y 173 del mismo cuerpo legal. Y asimismo, el deber de prestarle alimentos, que incluye, de acuerdo con el artículo 189 *Mudawana*, los gastos de alimentación, vestido, asistencia médica y educación.

Con todo, la constitución de la *kafala* y correspondiente asunción de la guarda por el *kafil* no privará a los progenitores del menor de su derecho a relacionarse con él. A tal respecto, el artículo 28 Ley núm. 15-01, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 180 *Mudawana*¹⁴², prevé que el Juez de Tutelas podrá reconocer un derecho de visita a los padres del menor, siempre que así lo aconseje el interés del mismo. Adviértase que idéntico derecho de visitas tiene en Derecho español los padres respecto a los hijos bajo tutela administrativa, supeditado igualmente al interés de éstos (art. 160 Cc).

No corresponde, sin embargo, al *kafil*, por el hecho de serlo, la representación legal del menor ni la gestión de sus bienes, lo que explica que en la misma resolución de constitución de la *kafala* se le designe tutor dativo, de acuerdo con el artículo 17.1 Ley núm. 15-2001¹⁴³. De este modo, el *kafil* en su condición de tal tiene atribuidas las funciones de cuidado y educación del menor (art. 22 Ley núm. 15-01) y, de modo complementario, como tutor dativo tiene encomendadas las funciones de representación legal y admi-

¹⁴² El artículo 180 *Mudawana* prevé que «el padre o la madre que no tenga la guarda del menor tiene el derecho de visitarlo y recibirlo» (traducción del francés nuestra).

¹⁴³ El tenor del artículo 17.2 Ley núm. 15-01 no parece permitir otra interpretación posible: «La ordenanza designa a la persona encargada de la *kafala* como tutor dativo del menor bajo su cuidado». Por ello, no creo que pueda sostenerse, como hace M. del Pilar DIAGO, «La *kafala* islámica en España», cit., p. 157, que quepa designar como tutor dativo a otra persona distinta del *kafil*.

nistración del patrimonio del *makful* (arts. 230.3, 233 y 235 *Mudawana*). Ello tiene su razón de ser, en mi opinión, en la separación existente en Derecho marroquí entre la guarda de los menores y la representación legal o poder de decisión sobre todos sus asuntos personales y patrimoniales, a diferencia de lo que sucede en Derecho español donde dichas funciones se encuentran englobadas bajo una única institución de protección, ya sea la patria potestad o, subsidiariamente, la tutela. De este modo, la asistencia estrictamente personal o guarda del menor se dispensa en circunstancias normales a través de la *hadana* y para los menores abandonados mediante la *kafala*. En cambio, la salvaguarda del menor en el ámbito representativo y patrimonial se articula a través de la tutela, que en el caso de menores no declarados en abandono corresponderá al padre o, subsidiariamente, a la madre (tutela legal) y, en su defecto, a quienes estos hayan designado en testamento (tutela testamentaria) o haya nombrado el juez (tutela dativa); y, tratándose de menores abandonados, al Juez de Tutelas (tutela legal) o, de haberse constituido la *kafala*, al *kafil* (tutela dativa), con la consiguiente extinción de la *wilaya*.

Como es lógico, en el ejercicio de la tutela dativa el *kafil* estará sujeto al cumplimiento de las obligaciones a que se refieren los artículos 249 a 256 *Mudawana*, dirigidas a garantizar el buen funcionamiento de la tutela y, por lo demás, muy similares a las impuestas por nuestro Cc a los tutores. Así, con arreglo a dichos preceptos, el *kafil* deberá proceder de inmediato tras la constitución de la tutela a hacer un inventario de los bienes del *makful*, al que deberá acompañar de una propuesta sobre la gestión de los bienes del *makful*, sobre el montante de su pensión alimenticia y sobre las medidas urgentes a adoptar, en su caso, para preservar su patrimonio (art. 249)¹⁴⁴. En segundo término, habrá de inscribir en el registro de actos mensuales y diarios todos los actos que efectúe en nombre del *makful* (art. 253). Y en tercer lugar, tendrá el deber de rendir una cuenta anual de la tutela al Juez de Tutelas, así como el de proporcionarle la información que le requiera en cualquier momento sobre la gestión del patrimonio del *makful* (arts. 255 y 256). Por añadidura, necesitará autorización judicial para llevar a cabo aquellos actos de especial incidencia en la esfera patrimonial del menor a que se refiere el artículo 271 *Mudawana*¹⁴⁵.

¹⁴⁴ No obstante, dicho inventario es provisional, toda vez que el artículo 252 *Mudawana* impone a dos notarios –*adules*– la formalización del inventario definitivo, en presencia del propio interesado si tiene quince años, de su representante legal y de sus herederos.

¹⁴⁵ De acuerdo con el artículo 271 *Mudawana*, el tutor dativo no puede efectuar sin autorización del Juez de Tutelas los siguientes actos: 1. vender o gravar con derechos reales los bienes del pupilo cuyo valor exceda de 10.00 dirhams; 2. aportar a una sociedad

Por lo demás, el paralelismo existente entre la *kafala* y la *hadana* se revela no solo en su contenido personal, sino también en la imputación por parte de la Ley núm. 15-01 (art. 22.5) de responsabilidad civil al *kafil* por los actos dañosos realizados por el *makful*, del mismo modo que los padres son responsables civiles de los hijos que se encuentran bajo su guarda, con base en el artículo 85 del Código marroquí de Obligaciones y Contratos¹⁴⁶. De este precepto, al que se remite expresamente la Ley núm. 15-01, resulta que la responsabilidad del *kafil* tiene por fundamento la culpa *in vigilando* y que, por tanto, es de carácter subjetivo. Por lo demás, son presupuestos de esta responsabilidad los siguientes: a) La *causación* de un daño, ya sea material o moral, por el *makful* a un tercero; b) la minoría de edad del *makful*; y c) la convivencia del *kafil* con el *makful*.

A la misma razón obedece, sin duda, el hecho de que la Ley num. 15-01 (art. 22.4) extienda al *kafil* el régimen de indemnizaciones y subsidios sociales del que benefician los padres por sus hijos menores, a fin de permitirle asumir las cargas económicas derivadas del cuidado del *makful*. Sorprende, sin embargo, que no se reconozca al *kafil* un derecho de retribución similar al que corresponde a la *hadana*, con arreglo al artículo 167 *Mudawana*¹⁴⁷. Y es que, en mi opinión, la constitución de la *kafala* no debería exonerar, en principio, a los padres de sus obligaciones económicas frente a sus hijos, por lo que no sería ilógico que, al hacerse cargo de estos gastos el *kafil*, aquellos –de ser conocidos– le pagasen algún tipo de contraprestación en proporción a sus recursos económicos.

Como efecto adicional de la *kafala*, el artículo 9.2 Código de la Nacionalidad Marroquí prevé novedosamente¹⁴⁸, a fin de evitar la

una parte de los bienes del pupilo o invertirlos con fines especulativos; 3. renunciar a derechos o acciones del pupilo, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en las que esté implicado este; 4. celebrar contratos de alquiler en nombre del pupilo cuya duración puede prolongarse más allá de su mayoría edad; 5. aceptar o repudiar donaciones gravadas por derechos o condiciones; 6. pagar las deudas no ejecutadas del pupilo; y 7. prestar alimentos a quien el pupilo esté obligado a prestar la pensión alimenticia, salvo que la misma sea decretada por una sentencia ejecutiva (la traducción es nuestra).

¹⁴⁶ El Código marroquí de Obligaciones y Contratos puede consultarse en <http://www.maroc-management.com/Juridique/Sommaire.htm>.

¹⁴⁷ Conforme a la interpretación que hacen del artículo 167 *Mudawana* G. ESTEBAN DE LA ROSA, J. OUHIDA, K. OUALD ALI y T. SAGHIR, *La nueva Mudawana marroquí: entre tradición y modernidad (Traducción comentada del Código de Familia de 2004)*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2009, p. 146, la *hadana* no está retribuida si los progenitores del menor viven juntos y, por tanto, su titularidad corresponde a ambos. En cambio, en defecto de convivencia entre los progenitores y atribuida a la madre, genera un derecho de retribución para ésta a cargo del padre.

¹⁴⁸ Precepto incorporado en la reforma del Código de la nacionalidad de 1958 llevada a cabo por la Ley núm. 62-06 promulgada por el *Dahir* núm. 1-07-80 de 23 de marzo de 2007. Consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://adala.justice.gov.ma/FR/Legislation/TextesJuridiques.aspx>.

apatridia, la atribución de la nacionalidad marroquí «por beneficio de la ley» al *makful*, siempre que cumpla los siguientes requisitos: a) que haya nacido fuera de Marruecos; b) que sea hijo de padres desconocidos; y c) que haya estado sujeto a la *kafala* de una persona marroquí durante cinco años. A tal objeto, ya sea el *kafil*, una vez transcurridos los cinco años desde el inicio de la *kafala*, o el propio *makful* en los dos años siguientes a su mayoría de edad deberán formular una declaración ante el Ministerio de Justicia, a la que deberán acompañar los documentos necesarios que acrediten que se cumplen los requisitos exigidos legalmente y que la concesión de la nacionalidad marroquí esta justificada desde el punto de vista nacional (art. 25 Código de la Nacionalidad Marroquí). Ahora bien, la adquisición de la nacionalidad marroquí por el *makful* no es automática, toda vez que se faculta al Ministerio de Justicia a oponerse a su concesión, aún concurriendo las condiciones exigidas legalmente (art. 26 Código de la Nacionalidad Marroquí), lo que introduce un margen de discrecionalidad considerable en esta materia. Ello sin perjuicio de dicha decisión sea susceptible de recurso judicial, con base en los artículos 36 a 43 del precitado cuerpo legal.

En cualquier caso, desde el momento en que la *kafala* no genera un vínculo de filiación entre el *kafil* y el *makful*, éstos carecen de derechos sucesorios tanto entre ellos como frente a sus respectivas familias. No obstante, el artículo 23 Ley núm. 15-01 faculta al *kafil* a efectuar a favor del *makful* ciertas disposiciones gratuitas como son la donación o el legado. Dichas atribuciones se realizarán bajo la supervisión del Juez de Tutelas, a fin de salvaguardar el interés del menor y, a lo que entiendo, necesariamente con respeto a los derechos correspondientes a los herederos en virtud de la *Mudawana*.

La misma razón justifica el que la *kafala* no determine el apellido del *makful*, quien, por tanto, conservará, en principio, el apellido que se le haya atribuido antes de la constitución de aquella de conformidad con la Ley núm. 37-99 relativa al estado civil¹⁴⁹. Ello no obstante, con base en lo dispuesto en el artículo 20 de dicha Ley,

¹⁴⁹ Así, cuando se trate de hijo de padres desconocidos o haya sido abandonado tras el parto, será el oficial del estado civil el que le impondrá el apellido, a la par que hará constar en su inscripción de nacimiento unos nombres ficticios de padre y de madre a efectos meramente identificativos (art. 16.5 Ley núm. 37-99). En cambio, cuando sea hijo de padre desconocido y madre conocida, será ésta la que lo inscriba con su propio apellido, siempre que su padre (abuelo del nacido) lo consienta expresamente. De no mediar el consentimiento del abuelo materno a que lleve su apellido, la atribución del apellido del menor corresponderá a la Alta Comisión del Estado Civil, previa solicitud de la madre presentada ante el oficial del estado civil (art. 16.7 Ley núm. 37-99 y artículo 20 Decreto núm. 2-99-665). Finalmente, si los progenitores son conocidos, el menor llevará el apellido del padre (art. 20 Ley núm. 37-99).

el *kafil* podrá solicitar motivadamente a la Alta Comisión del Estado Civil el cambio de apellido del *makful* por el suyo propio¹⁵⁰.

En definitiva, de lo expuesto hasta ahora puede afirmarse que la *kafala* se configura en Derecho marroquí como un instrumento de protección de menores sustitutivo de la *hadana* o guarda, con el que se trata de garantizar el derecho de crianza y cuidado de aquellos cuando se encuentren en situación de abandono. Su constitución conlleva adicionalmente la atribución de la tutela dativa a favor del *kafil*, lo que le legitima para ejercer la representación legal y la administración de los bienes del menor sujeto a *kafala*. Dicha institución no crea, sin embargo, un vínculo de filiación entre el *kafil* y el *makful*, por lo que no es equiparable a la adopción. De hecho, la existencia misma de la *kafala* se justifica en la prohibición de la adopción que rige en Derecho marroquí. No obstante, lo cierto es que la *kafala* tampoco puede asimilarse a las instituciones españolas del acogimiento y de la tutela ordinaria, en cuanto que no existe una correspondencia absoluta en orden a sus efectos. Resulta obvio que no es una tutela, tal y como se configura en Derecho español, en cuanto que, de una parte, su contenido se restringe al ámbito personal y, de otra, permite la concordancia de apellidos entre el *kafil* y el *makful*. Pero tampoco puede identificarse con el acogimiento, ya que, si bien es cierto que ambas figuras tienen funciones coincidentes como son las derivadas del ejercicio de la guarda, al *kafil* le corresponde, además, en su condición de tutor dativo, funciones de índole representativo y patrimonial¹⁵¹; ello sin olvidar los efectos que genera la *kafala*, no así el acogimiento, en materia de responsabilidad civil, régimen de apellidos y nacionalidad. En atención a todas estas apreciaciones podemos afirmar, en conclusión, que la *kafala* constituye una institución que solo puede entenderse en el contexto del Derecho marroquí, sin que pueda identificarse con ninguno de los instrumentos de protección de menores previstos en el Derecho español¹⁵².

¹⁵⁰ Ello es así, dado que la Ley núm. 15-01 ha suprimido la previsión de la legislación anterior (art. 22 Ley núm. 1-93-165) que prohibía al *makful* llevar el mismo apellido que el *kafil*.

¹⁵¹ Vid. un planteamiento similar en M.^a del P. DIAGO DIAGO, «La *kafala* islámica en España», cit., p. 156.

Discrepo del criterio de la DGRN (vid. p.e. Resolución-Circular de 15 julio 2006) favorable a asimilar funcionalmente la *kafala* con el acogimiento familiar, en base a los argumentos esgrimidos en texto.

¹⁵² Comparto en este punto la opinión de M.^a del P. DIAGO DIAGO, *ídem*, p. 158. Interesa advertir que M.-C. LE BOURSICOT, «La *Kafala* ou recueil légal desde mineurs en droit musulman...», cit., pp. 8-9 niega, igualmente, la equivalencia entre la *kafala* y las instituciones francesas de protección de menores.

C) *Constitución*

Según resulta del artículo 14 Ley núm. 15-2001, la *kafala* de los menores abandonados solo es susceptible de constitución en virtud de decisión judicial, a instancia de parte interesada. De este modo, y al igual que sucede con respecto a la declaración de abandono, el legislador marroquí opta por un sistema judicial en materia de protección de menores, excluyendo, de nuevo y a diferencia de lo que sucede en Derecho español, cualquier tipo de intervención administrativa, probablemente por razones de seguridad jurídica, como han constatado los propios juristas marroquíes¹⁵³. En coherencia con este planteamiento, como se verá más adelante, el artículo 19 de la misma Ley atribuye también la función de vigilancia de la *kafala* a la autoridad judicial.

Por añadidura, la constitución de la *kafala* se condiciona a que medie el consentimiento del menor afectado siempre que sea mayor de doce años, aunque solo en el caso de que los solicitantes de aquella sean personas físicas, no así tratándose de personas jurídicas (arts. 11 y 12 Ley núm. 15-2001). Esta previsión, que concuerda con lo dispuesto en el artículo 214 *Mudawana*¹⁵⁴, resulta de gran importancia, ya constituye un claro exponente de la ampliación de que ha sido objeto la capacidad de obrar del menor en Derecho marroquí, al igual que en Derecho español, en consonancia con la Convención de Derechos del Niño de 1989¹⁵⁵. No obstante lo cual, quizá hubiese sido oportuno exigir, asimismo, su consentimiento cuando la *kafala* se constituye a favor de persona jurídica, dada las importantes consecuencias jurídicas que tendrá aquella en los diferentes ámbitos de la vida del menor.

La competencia para constituir la *kafala* se atribuye al Juez de Tutelas del lugar de residencia del menor (art. 14 Ley núm. 15-2001), el cual dictará la oportuna resolución judicial, previa tramitación del procedimiento previsto en los artículos 15 a 18 Ley núm. 15-2001.

Dicho procedimiento se inicia a instancia de los solicitantes de la *kafala*, quienes deberán acompañar a su demanda los documentos que acrediten que cumplen los requisitos exigidos en el artículo

¹⁵³ Vid. en este sentido R. EL MRAHI, *Les droits de l'enfant en Maroc*, pp. 5-6, cit.; H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit., p. 47; y Y. RABINEAU, *Le regime de la kafala au Maroc...*, cit., p. 243.

¹⁵⁴ El Código marroquí de la Familia fija la edad de discernimiento en los doce años (art. 214), para atribuir a los menores a partir de esta edad capacidad de obrar limitada (art. 213.1). Los menores de doce años carecen de capacidad de obrar (art. 217.1).

¹⁵⁵ Sobre la evolución del Derecho marroquí en materia de capacidad del menor puede consultarse M.-C. FOBLETS y J.-Y. CARLIER, *Le Code Marocain de la famille...*, cit., pp. 106-107; y R. EL MRAHI, *Les droits de l'enfant en Maroc*, cit., pp. 2-3.

los 9 Ley núm. 15-2001, así como una copia del acta de nacimiento del menor abandonado (art. 15 Ley núm. 15-2001).

Una vez admitida la demanda, el Juez de Tutelas ordenará la realización de una investigación especial a fin de comprobar la veracidad de los datos reseñados en los documentos presentados, así como la capacidad de los solicitantes de la *kafala* para asegurar su ejercicio en las condiciones previstas legalmente. Esta investigación corresponde a una comisión integrada por el Ministerio Fiscal, representantes de diferentes instancias administrativas –en particular, un representante de la autoridad local del lugar de residencia del menor y un representante del Ministerio de los *Habous* y los Asuntos Islámicos– y un asistente social (Decreto núm. 2-03-600, relativo la aplicación del artículo 16 de la Ley núm. 15-01 relativa a la *kafala* de los menores abandonados)¹⁵⁶. No obstante, se faculta al Juez, en función de las circunstancias del caso, a recurrir de modo complementario a cualquier persona que estime útil para completar la investigación, previsión esta donde, sin duda, tendrán cabida con carácter preferente los allegados al menor, así como aquellas personas que desarrollen su actividad profesional en ámbitos relacionados con la protección de la infancia (art. 16.3 Ley núm. 15-2001).

Tras practicarse la referida investigación, el Juez de Tutelas dictará una resolución que, en caso de cumplirse los requisitos legales, atribuirá la *kafala* a la persona –o personas, de tratarse de un matrimonio– física o jurídica que la haya solicitado y, de modo complementario, la designará tutora dativa del menor acogido en *kafala* (art. 17.1 Ley núm. 15-2001).

De haberse presentado una pluralidad de demandas respecto de un mismo menor, corresponderá al Juez elegir al *kafil* entre los demandantes con arreglo a los criterios de preferencia fijados en el artículo 10 Ley núm. 15-2001, según el cual tendrán prioridad los cónyuges sin hijos o aquellas personas que ofrezcan mejores condiciones de vida al menor.

Al igual que la declaración de abandono, la resolución constitutiva de la *kafala* es susceptible de ejecución provisional, sin perjuicio de que pueda ser recurrida en apelación (art. 17.3 y 4 Ley núm. 15-2001). Esta previsión se encuentra plenamente justificada, al tratarse la *kafala* de una medida de protección de aquellos menores que se encuentran en una situación especialmente vulnerable como es el abandono y que, por tanto, exige una aplicación inmediata. De acuerdo con el artículo 18 Ley núm. 15-2001, su ejecu-

¹⁵⁶ Consultado el 25 de marzo de 2013. URL: http://www.sgg.gov.ma/historique_bo.aspx?id=982.

ción es competencia de los Tribunales de Primera Instancia y deberá verificarse en un plazo muy breve de quince días a contar desde la fecha de su pronunciamiento en presencia de un representante del Ministerio Fiscal, la autoridad local y un asistente social, previsión ésta con la que, sin duda, se trata de salvaguardar el interés del menor.

Por añadidura, dicha resolución deberá anotarse al margen de la inscripción de nacimiento del menor, a fin de que el Registro del Estado Civil dé publicidad de esta circunstancia modificativa de su capacidad (art. 21 Ley núm. 15-2001 y artículo 16.8 Ley núm. 37-99 relativa al estado civil).

D) *Requisitos a cumplir por los solicitantes de la kafala*

De acuerdo con el artículo 9 Ley núm. 15-2001, la *kafala* puede ser constituida tanto a favor de personas físicas como jurídicas. Ahora bien, en el caso de las personas físicas, la atribución de *kafala* se restringe a los matrimonios y a las mujeres no casadas. Y en cuanto a las personas jurídicas, la *kafala* solo puede ser confiada a establecimientos públicos encargados de la protección de la infancia o a organismos privados reconocidos de utilidad pública y aptos para asegurar la protección de menores.

Adicionalmente, la atribución de la *kafala* requiere que el o los solicitantes de la misma cumplan unos determinados requisitos, diferentes según se trate de persona física o jurídica.

a) *Requisitos relativos las personas físicas*

La Ley núm. 15-2001 restringe en su artículo 9.1 y 2 la concesión de la *kafala* a los matrimonios y a las mujeres solas, lo que revela, de nuevo, el paralelismo existente entre esta institución y la *hadana*, en cuanto que ésta última se atribuye a ambos progenitores en el caso de estar casados, pero solo a la madre de modo prioritario cuando los progenitores no vivan juntos (arts. 164 y 171 Código de la Familia).

De este modo, la *kafala* se configura, en principio, como un instrumento de protección a ejercer por una sola persona necesariamente de sexo femenino, no así por un hombre, limitación ésta que, sin duda, obedece a los importantes condicionantes culturales todavía existentes en la sociedad marroquí¹⁵⁷. Ello no obstante, no puede descartarse que sobrevenidamente tras la constitución de la *kafala*, ésta corresponda exclusivamente a un varón. Ello sucederá

¹⁵⁷ Como advierte atinadamente H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit., pp. 43-44.

cuando, habiendo sido atribuida inicialmente la *kafala* a un matrimonio, la mujer fallezca o sufra una incapacidad que le impida su ejercicio, o el matrimonio se disuelva y el Juez la atribuya en exclusiva al hombre (arts. 25 y 26 Ley núm. 15-01).

Con todo, según se ha advertido *ad initio*, también se admite la dualidad de *kafiles*, siempre que sean matrimonio. Quedan excluidas, por consiguiente, las parejas no casadas, en un planteamiento que difiere del Derecho español donde no existe una restricción similar para ser acogedores, pero que tiene su justificación en un país como Marruecos donde el Derecho de familia se basa en el matrimonio y, por consiguiente, la unión de hecho carece de cualquier reconocimiento legal¹⁵⁸, pese a tratarse de una realidad social cada vez más frecuente¹⁵⁹.

En cualquier caso, la *kafala* requiere que el matrimonio o la mujer a quien se atribuya reúnan unas determinadas condiciones de capacidad e idoneidad, a fin de garantizar el correcto ejercicio de la misma y así salvaguardar el interés superior del menor.

Por lo que se refiere a las condiciones de capacidad de los *kafiles*, la Ley núm. 15-01 se limita a requerir la mayoría de edad de la mujer no casada o de ambos cónyuges, sin exigirles, sin embargo, la plena capacidad de obrar¹⁶⁰. Se plantea así la cuestión relativa a si podrá atribuirse la *kafala* a una mujer o unos cónyuges privados de capacidad o con capacidad limitada¹⁶¹. A mi juicio, la respuesta será distinta en atención al grado de incapacidad que adolezca la persona en cuestión. De este modo, cuando se trate de una persona –los dos cónyuges, en el caso del matrimonio–, carente de toda capacidad no creo que se le pueda atribuir la *kafala* en ningún caso, ya que la imposibilidad de gobernarse por sí misma y de actuar válidamente en el tráfico jurídico le inhabilita para desempeñar las funciones propias de los *kafiles*, ya no solo las atinentes al cuidado personal del menor, sino también las de índole representativa que le corresponden en su condición de tutor dativo. Sin

¹⁵⁸ Es más, el artículo 430 Código Penal castiga con la pena de prisión de un mes a un año las relaciones sexuales fuera del matrimonio.

¹⁵⁹ Información proporcionada por Hanane HACHIMI, «La vie avant le mariage», en *Infos du Maroc. Portal de l'actualité du Maroc* (consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://www.infosdumaroc.com/modules/news/article-print-2323.html>).

¹⁶⁰ Advierte, asimismo, de esta carencia H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit., p. 38.

¹⁶¹ De acuerdo con la *Mudawana*, tienen capacidad de obrar limitada los menores que hayan alcanzado la edad de discernimiento –que se sitúa en doce años–, los pródigos y los débiles de espíritu (art. 213). A efectos legales, son pródigos aquellos que dilapidan sus bienes en gastos inútiles, causándose perjuicio a sí mismos o a sus familias (art. 215 *Mudawana*). Por débiles de espíritu se entiende aquellos que sufren una minusvalía mental que les impide gobernar su pensamiento y sus actos (art. 216 *Mudawana*).

En cambio, carecen de capacidad de obrar los menores que no alcanzado la edad de discernimiento, los dementes y los que han perdido la razón (art. 217).

embargo, no parece que la capacidad limitada de una persona –o de un matrimonio– le convierta *a priori* en no apta para el ejercicio de la *kafala*, al menos en lo concerniente a la guarda del menor. Con todo, corresponderá al Juez de Tutelas determinar en cada caso si esa limitación de capacidad imposibilita (o no) el adecuado ejercicio de la *kafala*, para lo que le será de gran utilidad la investigación a practicar durante la tramitación del procedimiento. Personalmente tampoco veo inconveniente en la posibilidad de constituir una *kafala* a favor de un matrimonio en el cual solo uno de sus miembros sea plenamente capaz, siempre que no haya otros solicitantes más aptos y, en todo caso, se constate que se reúnen las condiciones necesarias para el correcto funcionamiento de la *kafala*.

Más explícita resulta la Ley en lo que se refiere a los requisitos de idoneidad a cumplir con los *kafiles*, toda vez que fija los que se enuncian a continuación: 1. profesar la religión musulmana; 2. ser aptos moral y socialmente; 3. tener medios económicos suficientes; 4. no haber sido condenados por una infracción contra la moral o contra la infancia; 5. no padecer enfermedades contagiosas o cualquiera otras que les incapacite para el desempeño de la *kafala*; y 6. la inexistencia de conflictos de interés con el menor o con sus progenitores.

Tales criterios, muy diversos, resultan plenamente coherentes con las obligaciones que corresponden a los *kafiles* en orden al cuidado, sustento y educación del *makful*. Ahora bien, no puede dejar de notarse los importantes condicionantes de índole espiritual o moral que subyacen en algunos de ellos, difícilmente comprensibles desde nuestros esquemas occidentales. Me refiero, en concreto, a la exigencia de la confesión musulmana que, si bien se justifica en la obligación de los *kafiles* de velar por la educación religiosa del menor, puede resultar discriminatorio para aquellos solicitantes de la *kafala* que, no musulmanes, reúnan, sin embargo, las demás condiciones de aptitud exigidas por el legislador marroquí y que, además, se encuentren especialmente capacitados para dispensar las necesarias atenciones al menor de que se trate. Por su parte, el criterio relativo a la «aptitud moral y social» para el ejercicio de la *kafala* no deja de ser un concepto jurídico indeterminado con los riesgos que ello implica, poco deseables en un ámbito tan singular como es la protección de menores¹⁶². Se echan en falta, sin embargo, otros criterios que, a mi juicio, pueden resultar muy decisivos para valorar la idoneidad para ser *kafil*, como pueden ser la aptitud

¹⁶² Vid. en términos similares H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit., p. 38.

educativa, la edad o, en general, la capacidad para atender a las necesidades del menor.

Por último, interesa advertir que una de las peculiaridades que presenta la *kafala* marroquí radica en que a fecha de hoy –sin perjuicio de una ulterior reforma legislativa ya proyectada– no requiere la nacionalidad marroquí de los *kafiles*, lo que implica la admisión de la *kafala* internacional, siempre que sus titulares cumplan los requisitos expuestos y, entre ellos, la pertenencia a la religión islámica. Por ello, los extranjeros no musulmanes deben aportar un acta de conversión otorgada ante dos notarios en presencia de dos testigos y certificada por la autoridad judicial.

No obstante, esta posibilidad se ha visto restringida en fechas recientes por la polémica Circular del Ministerio marroquí de Justicia y Libertades de 19 de septiembre de 2012 (Circular 40 S/2)¹⁶³ por la que se insta a los fiscales a verificar que los solicitantes extranjeros de *kafala* residan habitualmente en Marruecos y a solicitar a los jueces de menores la denegación de la *kafala* a los extranjeros que carezcan de residencia habitual en Marruecos. La motivación de esta medida se encuentra en la imposibilidad de supervisar las *kafalas* cuando los *kafiles* residen en el extranjero y, en especial, el cumplimiento por los *kafiles* de la obligación de velar por la educación religiosa del menor.

Aunque muy criticable por diferentes motivos (la medida solo se aplica a los extranjeros, la difícil situación de los menores abandonados en Marruecos, el hecho de que la mayoría de las *kafalas* se insten por extranjeros...), lo cierto es que la restricción impuesta por esta Circular es la culminación de una advertencia muchas veces anunciada¹⁶⁴. En efecto, las autoridades marroquíes ya en diversas ocasiones habían optado tanto por una paralización de las *kafalas* en curso como por una denegación en serie de las mismas, sin haber cesado por ello los casos de uso fraudulento de la *kafala*, esto es, con el único objeto de lograr la posterior adopción en España del menor y sin intención alguna de cumplir las obligaciones que la legislación marroquí impone a los *kafiles*. Y lo que resulta más cuestionable es que este uso fraudulento de la *kafala* (no generalizado, ciertamente) haya tenido lugar al amparo de la propia Ley española 54/2007 de Adopción internacional que, si

¹⁶³ La Circular núm. 40 S/2 puede consultarse en <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/adoption/herkunftslaender/ld-marokko-rundschreiben-justizminister-f.pdf>.

¹⁶⁴ Según afirma M. P. DIAGO DIAGO en su artículo «Denegación de constitución de Kafala por parte de extranjeros que no residen habitualmente en Marruecos. Circular n.º 40 S/2 Reino de Marruecos» (consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://www.plataformamillennium.com/e-68-5-n%C2%BA-2-denegacion-de-constitucion-de-kafala-por-parte-de-extranjeros-que-no-residen-habitualmente-en-marruecos-circular-n%C2%BA-40-s-2-reino-de-marruecos>).

bien es cierto que no contempla la conversión automática de la *kafala* en adopción sino en acogimiento o tutela ordinaria (art. 34)¹⁶⁵, en su artículo 18 posibilita la ulterior adopción del *makful* conforme a la ley española cuando tenga su residencia habitual en España en el momento de constituirse la adopción o bien haya sido o vaya a ser trasladado a España con el fin de establecer su residencia habitual en España¹⁶⁶.

Con todo, ante la situación generada por la Circular 40 S/2 y, para resolver el problema de las familias españolas afectadas, el gobierno español ha ofrecido al gobierno marroquí modificar la Ley española de adopción internacional, al objeto de imponer a los españoles que acogan a menores marroquíes la obligación de respetar la *kafala*. De prosperar esta reforma ello traerá consigo que los españoles ya no podrán solicitar en España la adopción del menor, solución ésta drástica, pero sin duda más respetuosa con la opción del Derecho marroquí y, en general, de otros ordenamientos contraria a la adopción¹⁶⁷.

b) Requisitos relativos a las personas jurídicas

En Derecho marroquí se admite que la *kafala* sea asumida no solo por personas físicas, sino también por personas jurídicas. Ahora bien, el artículo 9.3 Ley núm. 15-01 condiciona esta modalidad de *kafala* a unos determinados requisitos que revelen la idoneidad de la persona jurídica en cuestión para encargarse de la *kafala* de los menores abandonados.

Así, tratándose de instituciones públicas, entre sus fines específicos deberá figurar la protección de la infancia.

Por su parte, las personas jurídicas privadas habrán de cumplir las siguientes condiciones: a) tener carácter social, esto es, que su objeto sea el cuidado de aquellas personas que se encuentren en situación de dificultad, precariedad o indigencia, por aplicación del artículo 1.1 Ley núm. 14-05 relativa a las condiciones de apertura y gestión de los establecimientos de protección social¹⁶⁸; b) haber

¹⁶⁵ Como pone de relieve P. DIAGO DIAGO en su artículo «Denegación de constitución de Kafala...», cit. en nota anterior.

¹⁶⁶ Más respetuoso con la opción del legislador marroquí contraria a la adopción es el planteamiento del Cc francés, cuyo artículo 370.3 prevé que «la adopción de un menor extranjero no puede ser constituida si su ley personal la prohíbe, salvo si el menor ha nacido y reside habitualmente en Francia».

¹⁶⁷ Cfr. P. DIAGO DIAGO, <http://www.plataformamillennium.com/n-47-marruecos-pide-mas-control-sobre-las-kafalas-y-espana-ofrece-cambiar-la-ley-de-adopcion-para-reconocer-la-tutela-islamica>, consultada el 25 de marzo de 2013).

¹⁶⁸ Con base en el artículo 1.2 Ley núm. 14-05, el término «cuidado» (*prise en charge*) comprende «la acogida, el alojamiento, la alimentación, los cuidados paramédicos y el seguimiento socio-educativo, con respeto a la integridad física de las personas bajo su cuidado, su dignidad, su edad, su sexo y su capacidad física, mental y psicológica» (traducción del francés nuestra).

sido declaradas de utilidad pública¹⁶⁹; y c) contar con los medios materiales y humanos necesarios para garantizar la protección de los menores, así como su educación escolar y religiosa.

E) *Sujeción a control judicial o, en su caso, de la autoridad consular*

En Derecho marroquí la supervisión de la *kafala*, en principio, es competencia exclusiva de la autoridad judicial, en un planteamiento coherente con la *judicialización* de que ha sido objeto su sistema de protección de menores. Así, el artículo 19 Ley núm. 15-01 encomienda el control de la ejecución de la *kafala* al Juez de Tutelas del lugar de residencia del *kafil*. Para cumplir eficazmente esta labor de vigilancia y seguimiento el Juez podrá ordenar que se efectúen las investigaciones que estime útiles bien a una única persona —el Ministerio Fiscal, la autoridad local, un asistente social o, en general, a cualquier persona que se revele competente para este cometido—; bien a la Comisión a que se refiere el artículo 16 de la misma norma. A la vista de estos informes, el Juez adoptará, en su caso, las medidas que estime necesarias para velar por la protección del menor o, incluso, el cese de la *kafala*.

En caso de que el *kafil* pretenda abandonar Marruecos para establecerse de modo permanente con el menor a su cargo necesitará la autorización del Juez de Tutelas. Concedida dicha autorización y una vez instalados en el extranjero, la supervisión de la *kafala* corresponde, ya no a la autoridad judicial, sino a los servicios consulares marroquíes del lugar de residencia del *kafil*, con la obligación de remitir al Juez de Tutelas los informes oportunos sobre la situación del menor. No obstante, la labor de los servicios consulares en materia de *kafala* no termina aquí, sino que la Ley núm. 15-01 también les permite promover ante el Juez de Tutelas las medidas de protección que estimen convenientes, incluida la extinción de la

La Ley núm. 14-05 puede consultarse en el *Bulletin Officiel du Maroc*, núm. 5480 (7 julio 2006).

¹⁶⁹ De acuerdo con el Decreto núm. 2-04-969, de 10 de enero de 2005 y la Circular núm. 1-2005 de la Secretaría General del Gobierno, el reconocimiento de utilidad pública a una asociación conlleva importantes beneficios económicos (ventajas de tipo fiscal, acceso a ayudas públicas y posibilidad de recibir donaciones y legados), es competencia exclusiva del Gobierno marroquí y se condiciona al cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. haber sido constituida conforme a las disposiciones del *Dahir* núm. 1-58-376, de 5 noviembre 1958, sobre el derecho de asociación; 2. contar con unos estatutos y reglamento interior que garanticen la participación de los asociados en la gestión de la asociación; 3. perseguir objetivos de interés general a nivel local, regional o nacional; 4. disponer de los medios económicos y materiales necesarios para cumplir sus fines; 5. respetar las obligaciones de información y control administrativo previstas legalmente; y 6. llevar una contabilidad que permita formular los estados financieros establecidos por la normativa.

kafala. Ahora bien, en última instancia será este el único competente para adoptar las medidas oportunas en atención al interés del menor (art. 24 Ley núm. 15-01).

En cualquier caso, estas previsiones relativas al control de la *kafala* resultan dignas de elogio, toda vez que revelan la preocupación del legislador marroquí por dotar de las necesarias garantías no ya solo a la constitución, sino también a la ejecución de dicha medida de protección. No obstante, no puede dejar de reconocerse su escasa virtualidad práctica, ya que las carencias de la administración de justicia y los servicios consulares marroquíes, unidas a otros factores tales como los posibles cambios de residencia del *kafil*, determinan el imposible seguimiento *de facto* del menor acogido en *kafala* y, más aún, cuando resida en el extranjero¹⁷⁰. Ello unido a los abusos que ha generado el uso de la *kafala* internacional ha provocado que en fechas recientes el Ministerio de Justicia y Libertades haya adoptado la Circular 40 S/2 contraria a la atribución de *kafalas* a los extranjeros no residentes en Marruecos. Tratando de desbloquear esta medida, el gobierno español se ha comprometido a la supervisión de las *kafalas* por los servicios sociales de las CC. AA. El conflicto sigue abierto.

F) *Extinción*

El artículo 25 Ley núm. 15-01 establece las causas de extinción de la *kafala*, pudiendo distinguirse a tal efecto entre las que operan *ipso iure* o automáticamente y las que requieren decisión judicial.

a) Causas automáticas de extinción

Son causas automáticas de extinción de la *kafala*:

a') La mayoría de edad del menor sujeto a *kafala*.

Dado que la mayoría de edad –que el artículo 209 *Mudawana* sitúa en los dieciocho años– atribuye la plena capacidad de obrar con base en lo dispuesto en el artículo 210 del mismo cuerpo legal, la consecuencia inmediata no puede ser otra que el cese de la *kafala*. No obstante, el artículo 22 Ley núm. 15-01 contempla excepcionalmente algunos supuestos en que la mayoría de edad no conlleva la extinción de dicha institución de guarda, a saber: que el menor sufra alguna minusvalía –entiéndase, física o psíquica–, que sea incapaz de atender a sus propias necesidades o, tratándose de mujer, que no haya contraído aún matrimonio. En tales casos habrá que entender

¹⁷⁰ De estas dificultades se hace eco H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit., pp. 56 y 80.

que la *kafala* se prorrogará automáticamente mientras persista la situación determinante de su no cese, ya sea la minusvalía, la falta de independencia económica o la soltería de la mujer. Ciertamente las dos primeras situaciones descritas justifican la pervivencia de la *kafala* y, de hecho, resultan coincidentes con lo dispuesto en el artículo 198.2 *Mudawana*, que impone al padre la obligación de atender a las necesidades de sus hijos mayores de edad que sean minusválidos o incapaces de procurarse recursos. Sin embargo, no puede decirse lo mismo de la soltería de la mujer, toda vez que tal previsión, aparte de resultar contraria al principio de igualdad, parece presumir que la mujer solo por el hecho de estar soltera carece de plena capacidad para regir su persona y sus bienes, en cuanto que necesita una protección adicional que no se dispensa a los varones, lo que contraviene la dicción de la *Mudawana*, que fija unas mismas reglas de capacidad sin distinción de sexos (arts. 206 a 223) y priva a la mujer de su derecho a ser atendida por sus padres cuando disponga de medios económicos, independientemente de su estado civil (art. 198.2). Por eso entiendo que *de lege ferenda* sería razonable prescindir del estado civil de la mujer como circunstancia justificativa de la prórroga de la *kafala*, para atender exclusivamente a las situaciones de discapacidad o falta de independencia económica del *makful* con independencia de su sexo.

No se contempla, en cambio, la emancipación del *makful* como causa de extinción de la *kafala*, lo que resulta coherente con las previsiones del Código de Familia en esta materia¹⁷¹. Interesa, en particular, el artículo 218.5 de este cuerpo legal que, a la inversa del Derecho español, reconoce al menor emancipado plena capacidad de obrar en su esfera patrimonial, pero no así en su ámbito personal, en cuanto le será de aplicación, según matiza el mencionado precepto, el régimen previsto con carácter general para los menores de edad. Por ello, habrá que entender que el *makful* emancipado seguirá sujeto a la *kafala*, con la limitación de capacidad que conlleva en su ámbito personal, si bien dejará de ser representado por el *kafil* en los actos concernientes a la gestión de su patrimonio, al poder realizarlos por sí mismo.

b') El fallecimiento del menor sujeto a *kafala*.

Desde el momento en que la personalidad jurídica se extingue con la muerte de la persona (art. 207 Código de la Familia), es lógico que la muerte del *makful* constituya una de las causas de

¹⁷¹ Interesa aclarar a estos efectos que en Derecho marroquí solo se contempla la emancipación por concesión judicial, ya sea a solicitud del propio interesado o de su representante legal. Son requisitos de esta emancipación que el menor haya cumplido dieciséis años y que esté dotado de «buen sentido» (art. 218.3 y 4 Código de la Familia).

extinción de la *kafala*. Por lo demás, es obvio que en esta causa de extinción debe incluirse también el supuesto de que el acogido en *kafala* haya sido declarado fallecido, de conformidad con el artículo 327 Código de la Familia¹⁷², si bien habrá que entender que la *kafala* solo se extingue en el momento en que la sentencia de declaración de fallecimiento devenga firme y sin perjuicio de la ulterior reaparición del declarado fallecido (art. 75 Código de la Familia)¹⁷³.

c') El fallecimiento o la incapacidad del *kafil* persona física; de ambos cónyuges, cuando la *kafala* haya sido confiada a un matrimonio.

Siendo la *kafala* una institución que sólo se constituye a instancia de parte interesada, parece razonable que, cuando ésta fallezca o, en su caso, se le declare fallecida, cese aquélla, sin perjuicio –entendiendo– de que posteriormente pueda constituirse una nueva *kafala* en caso de que haya alguna persona o institución dispuesta a acoger al menor.

Asimismo, la *kafala* se extinguirá cuando el *kafil* sea declarado incapacitado con arreglo al procedimiento previsto en los artículos 220 a 223 Código de la Familia.

Lógicamente, tal y como se prevé en el artículo 25.3 y 4 Ley núm. 15-01, de corresponder la *kafala* a un matrimonio, ésta se extinguirá únicamente en el caso de que concurra alguna de las circunstancias descritas en ambos cónyuges. De no ser así, la *kafala* subsistirá en manos del cónyuge supérstite o capaz.

d') Cuando el *kafil* sea una persona jurídica, la disolución de la misma.

Del mismo modo, cuando la *kafala* corresponda a una institución pública, organización o asociación dedicada la protección de la infancia, la disolución de ésta conllevará la extinción de aquélla.

¹⁷² El artículo 327 Código de la Familia contempla dos modalidades de declaración de fallecimiento, en función de las circunstancias en que se haya producido la desaparición. Así, si la persona ha desaparecido en circunstancias excepcionales que hacen probable su fallecimiento (guerra, naufragio, accidente aéreo, etc.), el Juez habrá de declarar el fallecimiento transcurrido un año a contar desde el día en que se perdió toda esperanza de saber si está viva o muerta. En cambio, si la persona ha desaparecido en otras circunstancias, corresponde al Juez fijar un periodo de tiempo prudencial –a contar, se entiende, desde la desaparición–, al término del cual y habiendo resultado infructuosas las indagaciones acerca del paradero del desaparecido, dictará sentencia declarativa de fallecimiento.

¹⁷³ De acuerdo con el artículo 75 Código de la Familia, en caso de que reaparezca la persona declarada fallecida, la declaración de fallecimiento solo quedará sin efecto en virtud de decisión judicial que declare que la persona está viva, resolución ésta que sólo podrá dictarse a instancia del Ministerio Fiscal o de parte interesada.

b) Causas judiciales de extinción

Requiere, en cambio, resolución judicial la extinción de la *kafala* por incumplimiento de las obligaciones inherentes a la misma, por renuncia del *kafil* o cuando así lo aconseje el interés del menor. Y es que en todos estos casos, sin duda, resulta necesaria la intervención judicial a fin de verificar la existencia de una causa que justifique el cese de la *kafala* (art. 25.8 Ley núm. 15-01). Es más, el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la *kafala* no solo puede conllevar el cese judicial de la misma, sino que está sancionado penalmente, toda vez que el artículo 30 Ley núm. 15-01 prevé la aplicación al *kafil* de aquellas disposiciones del Código penal que castigan a los padres por las infracciones que cometen respecto de sus hijos¹⁷⁴.

Por lo demás, junto a las causas de extinción expresamente previstas en el artículo 25 Ley núm.15-01, la *kafala* también deberá considerarse extinguida, con base en el artículo 29 de la misma norma, cuando, una vez desaparecida la causa determinante del abandono, los progenitores del menor recuperen su tutela legal (*wilaya*). En concreto, dicho precepto faculta a los padres del *makful*, tras el cese de la causa de abandono, a solicitar la recuperación de la tutela legal (*wilaya*) a la autoridad judicial, que habrá de adoptar su decisión previa audiencia del menor mayor de doce años y, en todo caso, en atención a su interés superior. Esta previsión debe ponerse en relación con disposiciones de la *Mudawana* (arts. 236 y 238) sobre la *wilaya* de los progenitores, de lo que resulta que, en principio, será el padre el único legitimado para formular dicha solicitud, en cuanto titular exclusivo de la *wilaya* en circunstancias normales, y sólo excepcionalmente la madre. De cualquier modo, de acordarse judicialmente la recuperación de la *wilaya* por el progenitor titular de la misma –ya sea el padre o, en su defecto, la madre– habrá que entender que la *kafala* quedará extinguida, al perder su razón de ser que radica en dotar de la necesaria protección al menor en situación de abandono.

Sin embargo, la *kafala* no se extingue, en principio, por la disolución del matrimonio de los *kafiles*, ya que en este caso el Juez de Tutelas, de oficio o a instancia de parte –de uno de los cónyuges o del Ministerio Fiscal–, puede confiar la *kafala* a uno de ellos (art. 26 Ley núm. 15-01). Esta solución viene a coincidir con la

¹⁷⁴ En concreto, está sancionada penalmente la inducción a la mendicidad (art. 330 Código penal), el abandono (art. 459 Código penal), la venta (art. 467-1 Código penal) y la explotación para un trabajo forzado, entendiéndose por tal aquel trabajo prohibido por la ley o perjudicial para la salud, seguridad, costumbres o formación del menor (art. 467-2 Código penal).

prevista en el artículo 166 *Mudawana* respecto al régimen de guarda y custodia de los hijos menores en caso de ruptura del matrimonio de sus padres y por ello habrá que entender que el *makful* a partir de los quince años podrá elegir con cuál de los *kafiles* quiere permanecer, correspondiendo al otro el derecho de visita si así lo decide el Juez en interés del menor, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 27 Ley núm. 15-01¹⁷⁵. Ello no obsta para el Juez pueda adoptar otra medida de protección más acorde al interés del menor, en cuyo caso habrá que entender extinguida la *kafala*, posibilidad ésta que contempla el precitado artículo 26 Ley núm. 15-01.

En cualquier caso, una vez extinguida la *kafala* por concurrir alguna de las causas enunciadas, el Juez de Tutelas ordenará la designación de un tutor dativo, ya sea de oficio o a solicitud del propio interesado o del Ministerio Fiscal (art. 28 Ley núm. 15-01). Se trata de este modo de que el menor no quede privado de protección entre tanto persista la situación de abandono.

8. REFLEXIÓN FINAL

A partir de lo expuesto hasta ahora, es posible ofrecer algunas consideraciones finales sumarias sobre aquellos aspectos más destacados de la problemática analizada en el presente trabajo. En concreto, interesa destacar el interés compartido de los legisladores español y marroquí por dispensar una protección específica a los menores abandonados, lo que se ha traducido en la elaboración de un marco normativo *ad hoc* inspirado en el principio del interés superior del menor. De este modo, ambos Ordenamientos han configurado un procedimiento –de índole administrativa el español y de carácter judicial el marroquí– dotado de las debidas garantías, a fin de apreciar la necesaria situación de desasistencia del menor que legitima la declaración de desamparo en España o, su equivalente, la declaración de abandono, en Marruecos. Por añadidura, tanto el Derecho español como el Derecho marroquí han articulado una serie de mecanismos dirigidos a procurar la protección de tales menores de modo subsidiario, esto es, ante la falta de asistencia por quienes legalmente deben prestarla.

Ahora bien, como ha podido constatarse a lo largo del presente estudio, las soluciones normativas adoptadas por ambos países dis-

¹⁷⁵ Como advierte H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit., pp. 84-85. Esta autora (*idem*, p. 53) defiende, incluso, el derecho del *makful* a elegir a una persona distinta de los cónyuges *kafiles* para asumir su guarda y custodia en este supuesto, opinión de la que personalmente discrepo, en atención a los términos en que se expresa el artículo 26 Ley núm. 15-01.

tan de ser coincidentes, en cuanto que obedecen a unos esquemas socioeconómicos y, ante todo, culturales muy diferentes. En concreto, cuatro son las discrepancias a destacar aquí. En primer lugar, no puede omitirse la *administrativación* de que ha sido objeto el sistema español de protección de menores desde hace unas décadas, frente al planteamiento del legislador marroquí que ha optado, en su lugar, por un sistema privado de protección de menores, sin intervención administrativa alguna. En estrecha conexión con lo anterior, también importa señalar el protagonismo que, en esta materia, se sigue atribuyendo en Marruecos a la autoridad judicial, a diferencia de lo sucedido en España, donde se ha optado por un sistema en que se ha reducido sustancialmente su presencia. Asimismo, conviene advertir la disociación existente en los instrumentos marroquíes de protección de menores entre la guarda de los menores (*hadana* o *kafala*) y la representación legal y gestión de sus bienes (*wilaya*), a diferencia de lo que sucede en Derecho español donde dichas funciones se encuentran englobadas bajo una única institución, ya sea la patria potestad o tutela. Por último, importa tener presente el importante factor religioso del Derecho marroquí que, en lo que aquí interesa, condiciona tanto la propia noción de abandono como el específico contenido de la *kafala*, institución que el legislador marroquí contempla como opción preferencial para los menores abandonados.

No obstante, a pesar de las importantes divergencias detectadas, lo cierto es que el examen de ambas legislaciones permite apreciar una preocupación común en orden a proporcionar, de ser posible, a este colectivo de menores un núcleo familiar sustitutivo de su familia de origen, en particular, a través del acogimiento o, en su caso, la adopción en Derecho español; y por medio de la *kafala* en Derecho marroquí.



Un estudio sobre la hipoteca recargable: perspectiva actual y su reconversión en instrumento de refinanciación junto con la hipoteca flotante. Sus diferencias*

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Universidad Antonio de Nebrija y Centro Universitario Villanueva

RESUMEN

Se analiza en este trabajo la figura de la hipoteca recargable, o hipoteca que puede recargarse, que surgió al amparo de la Ley 41/2007 de Reforma del Mercado Hipotecario. Se pretende hacer un análisis reflexivo respecto a su origen, fundamento y finalidad, y se quiere argumentar si, hoy en día, esta figura ha cumplido con aquellos fines para los que fue ideada. En definitiva, se intenta poner de manifiesto cuál es el papel que estas hipotecas tienen en la actualidad, en la realidad económica tan convulsa en la que nos movemos, dentro de un escenario generalizado de crisis, y en especial de crisis inmobiliaria y financiera. Para ello, se aprovecha a distinguirla y compararla de la hipoteca flotante, de la que siendo tan distinta en requisitos y caracteres, encuentra similitud en su función refinanciadora actual, lo que justifica su estudio comparado a lo largo de estas líneas.

PALABRAS CLAVE

Hipoteca recargable, hipoteca flotante, refinanciación, especialidad.

* Este artículo tiene su origen en la ponencia presentada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, dentro del Seminario de Derecho registral, el 12 de abril de 2012, con el título «Hipoteca flotante e hipoteca recargable».

ABSTRACT

In this paper it is analyzed the «rechargeable» mortgage, arose under Law 41/2007 of Mortgage Market Reform. We try to study its origin, basis and purpose, especially in such turbulent economic reality in which we live, within a generalized scenario of financial and real estate crisis. We pretend to know what is its real function, today.

In the other hand, we compare this mortgage with another one: the «floating» mortgage. This one is very different from rechargeable, but, there are similarities between both mortgages in their funding function, which justifies their comparative study along these lines.

KEY WORDS

Rechargeable mortgage, floating mortgage, funding, speciality.

SUMARIO: I. *Génesis de la hipoteca recargable.* I.1 Origen de las hipotecas recargables.–II. *Admisión de las hipotecas recargables: su regulación legal. Comparación con las flotantes.* II.1 Denominación y admisión. II.1.1 Comparación con la hipoteca flotante. II.2 Concepto y naturaleza jurídica. II.2.1 Concepto. II.2.2 Naturaleza jurídica. II.2.3 Comparación con la hipoteca flotante. II.3 Requisitos. II.3.1 Requisitos subjetivos. II.3.2 Requisitos objetivos. II.3.3 Requisitos temporales. II.3.4 Requisitos formales.–III. *Los principios de accesoriedad y especialidad en las hipotecas recargables –y en las flotantes–.* III.1 Principio de accesoriedad. III.2 Principio de especialidad.–IV. *Las hipotecas recargables en la actualidad: su justificación y utilidad. Instrumento de refinanciación junto con las hipotecas flotantes.*

PLANTEAMIENTO

Las hipotecas recargables o que admiten recarga son un novedoso tipo de hipoteca, de admisión relativamente reciente tras la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, de reforma del mercado hipotecario. Se pretende en este trabajo analizar su origen, requisitos, sus confrontaciones con los principios de especialidad y accesoriedad registrales, los problemas de su aplicación en la práctica, para tratar de concluir cuál es su fundamento y eficacia real, hoy en día, en un contexto económico muy diferente al que existía cuando vieron la luz, sirviendo básicamente como instrumento de refinanciación a aquellos deudores hipotecarios que buscan una vía para la reestructuración de su deuda. No obstante, este medio, en teoría eficaz y válido para ello, encuentra diversas dificultades en la práctica, que hacen que se vea sustituido por otro tipo de hipoteca como es la flotante que, sin tener *a priori* nada que ver con la misma, como

pondremos de relieve, se le asemeja y la sustituye en la finalidad refinanciadora.

Para ello, vamos a desarrollar a lo largo de este trabajo los siguientes aspectos: Génesis de las hipotecas recargables: evolución jurisprudencial sobre su admisión. ¿Respuesta a una necesidad social? A continuación, se analizará la regulación legal de las hipotecas recargables: requisitos y exigencias legales, su comparación y distinción con las flotantes. De igual forma, se hará hincapié en los problemas que ha suscitado su admisión: la aplicación de los principios registrales de accesoriedad y especialidad a estos tipos de hipotecas. Para concluir, se pondrá de manifiesto cuál es el papel actual de las hipotecas recargables: perspectiva de estos años de vigencia y prospectiva de futuro, como instrumento de refinanciación, y su coincidencia en este punto con las hipotecas flotantes.

I. GÉNESIS DE LA HIPOTECA RECARGABLE

Como hemos dicho, la admisión legal de la hipoteca recargable se confirmó con la Ley 41/2007 de Reforma del Mercado Hipotecario.

La hipoteca «recargable» no aparece expresamente contemplada en el cuerpo legal, pero puede deducirse su existencia a partir de la nueva redacción del artículo 4 Ley de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios (LSMPH) introducido por la ley de referencia, junto con la Disposición transitoria única, párrafo tercero de dicha ley.

Se trata de un nuevo tipo de hipoteca (5 años de existencia), pero que venía reclamándose con anterioridad, desde hace algunos años más. ¿Cómo se gestionó este nuevo modelo hipotecario?

I.1 ORIGEN DE LAS HIPOTECAS RECARGABLES

Las hipotecas recargables tienen sus antecedentes en distintas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en las que, en una primera época, se han rechazado para, después, matizarse un poco esta postura, flexibilizándola en cierto modo, cuya aceptación final concluirá igualmente con su admisión por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

La hipoteca recargable es aquella que admite recarga; es decir, aquella en la que señalado un máximo de responsabilidad hipotecaria y amortizado parte del préstamo garantizado, puede conce-

derse por la misma entidad una ampliación de dicho préstamo, sin que esto suponga una nueva obligación para la que haya de constituirse una nueva hipoteca de rango inferior a la que garantizaba el primer tramo de principal prestado, siempre y cuando dicha ampliación quepa en el máximo de responsabilidad inicialmente pactado, sin tener que alterarlo o modificarlo.

Las ventajas de este tipo de hipoteca se aprecian fácilmente pues supone –al igual que las flotantes– que los acreedores hipotecarios se reservan el rango inicial que tenían en el primer tramo de préstamo garantizado, para seguir asegurando esa nueva ampliación de capital. No se puede olvidar que hasta la admisión de esta nueva modalidad hipotecaria, la ampliación de préstamo hipotecario conllevaba siempre una nueva hipoteca o tramo de hipoteca de rango posterior.

Estas hipotecas tienen su confirmación legal en el artículo 4 LSMPH y en la disposición transitoria única, párrafo 3.º de la Ley 41/2007. El primero admite que serán novaciones modificativas y no extintivas como se consideraban hasta la fecha, las «ampliaciones de capital», añadiendo la disposición transitoria que dicha posibilidad puede hacerse a partir de la entrada en vigor de esta ley.

Veamos su evolución:

1. En una primera fase, la DGRN, en la resolución de 26 de mayo de 2001, rechaza la posibilidad de que la ampliación de préstamo hipotecario quede garantizado con la misma cobertura hipotecaria inicialmente establecida. Es decir, rechaza directamente la recarga, y entiende que una hipoteca ordinaria inicialmente constituida para una obligación determinada no puede asegurar una nueva obligación consecuencia de la ampliación, aunque se haya pagado parcialmente dicha obligación, cuando de ello no queda constancia registral. La ampliación del préstamo por pago parcial del inicialmente configurado debería conllevar la cancelación parcial de dicho préstamo hipotecario, y la correspondiente nueva cobertura hipotecaria para la parte ampliada con posterioridad. Afirma el Centro Directivo que «no puede, en consecuencia, admitirse que la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito pueda aplicarse posteriormente, como una reserva de rango disponible, a la cobertura adicional de otro (cfr. Resolución de 5 de noviembre de 1990 y 17 de enero de 1994), ni aunque por haberse reducido el importe del primero quepa el segundo dentro del límite de responsabilidad hipotecaria establecida para aquél. Ello ni tan siquiera es posible en la hipoteca de seguridad, sea de máximo o en garantía de obligación futura, en que si bien la indeterminación del importe o de la propia existencia de la obligación llamada a garantizarse determina sus

peculiaridades, en todo caso exige la identificación de cuál sea la relación jurídica de la que nace o ha de nacer la obligación para cuya seguridad se constituye (cfr. Resoluciones de 3 de octubre de 1991, 11 de enero de 1995 [RJ 1995, 186], 30 de marzo y 24 de julio de 1999), sin que el exceso de cobertura permita a las partes cobijar bajo ella un crédito distinto fruto de un nuevo convenio contractual (cfr. Resoluciones de 23 de diciembre de 1987 [RJ 1987, 9722] y 7 de junio de 1999). (Piénsese, además, en los perturbadores efectos que tal posibilidad tendría a la vista del nuevo sistema de minoración de cargas preferentes que el legislador ha diseñado en el nuevo artículo 657 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.)»

Esta doctrina es repetida por las RRDGRN de 30 abril de 2002 y de 9 de enero de 2002¹.

2. Posteriormente, las RRDGRN de 17 de enero de 2002 y de 8 de junio 2002 sin llegar a admitir la hipoteca recargable dan un paso más hacia su aplicación: admiten que la ampliación de préstamo hipotecario es una simple novación modificativa², por lo que no necesitaría practicarse cancelación parcial de la hipoteca de la parte amortizada, ni una nueva hipoteca para garantizar la parte ampliada; pero, sin embargo, consideran que, a pesar de ser la misma obligación garantizada, la ampliación del principal debe conllevar la ampliación de la responsabilidad hipotecaria. Esa ampliación de hipoteca tendría un nuevo rango y prioridad, el que le correspondiera por su nueva inscripción. Es decir, se admite la ampliación de présta-

¹ Doctrina de la DGRN en dichas resoluciones: «Dada la accesoriedad e indivisibilidad de la hipoteca que nace en garantía de una concreta obligación y por un importe determinado, con la que se transmite y se extingue, y que subsiste íntegra, en tanto no se cancele, aun cuando se haya reducido la obligación garantizada y, por tanto, cualquiera que sea la cantidad que en virtud de pagos parciales resulte debida, no puede utilizarse la misma, para garantizar otras responsabilidades de las previstas en su constitución, cual si de una hipoteca de propietario se tratase, tal como parece pretender el recurrente al considerar que hasta la suma garantizada cubre posibles ampliaciones del crédito original una vez que éste se ha reducido».

² La mayoría de la jurisprudencia registral y civil corroboran la consideración de la ampliación de préstamo hipotecario como una novación modificativa y no extintiva. En este sentido, y a favor de la admisión de la novación modificativa, véase: SSTS 9 febrero 1889; 4 abril 1892; 14 marzo 1908; 30 diciembre 1935; 10 febrero 1950; 1 diciembre 1951; 9 abril 1957; 27 mayo 1959; 20 diciembre 1960; 21 enero 1961; 23 febrero 1962; 31 octubre 1962; 30 enero 1963; 5 marzo 1965; 17 junio 1966; 22 noviembre 1982; 11 julio 1985; 28 mayo 1991. La RDGRN de 7 febrero de 1940 contemplaba un supuesto de inscripción de ampliación de hipoteca, y en ella, la DGRN acepta que la ampliación de préstamo hipotecario presentada a inscripción se haga refiriéndola a la primera escritura de préstamo hipotecario inscrita, sin necesidad de transcribir de nuevo las condiciones del contrato que ya figuran en la primera inscripción, por considerar que esa ampliación no exige una nueva hipoteca que la garantice, sino que sigue siendo la misma, y que los requisitos exigidos por el principio de determinación quedan suficientemente salvaguardados porque el préstamo y la hipoteca son los mismos que se inscribieron originariamente. De manera no tan clara, pero sí de forma indirecta, podemos deducir que la ampliación de crédito hipotecario no es novación extintiva, sino que solo implica la modificación de la obligación inicial, de las resoluciones de 2 y 3 de enero 1996.

mo como novación modificativa, pero eso supone una ampliación de hipoteca, lo que nos lleva a una situación de dos tramos de obligación garantizados con dos tramos de cobertura hipotecaria diferenciados que, en ningún caso, puede perjudicar a terceros posteriores. La posibilidad de «recarga» se haría en dos tramos diferenciados, es decir, no es recarga propiamente dicha, pero al menos, se considera que la ampliación de préstamo hipotecario queda cubierta con la misma hipoteca. La DGRN, en estas resoluciones, confirma las de la etapa anterior, diciendo que es imposible que una hipoteca garantice dos obligaciones distintas, la inicial y la ampliada, con la misma cobertura hipotecaria, pero añade que nada impide que se amplíe la hipoteca para dar seguridad al nuevo tramo ampliado: «Estas características determinan como ha señalado la reciente Resolución de 26 de mayo de 2001, que no quepa admitir la utilización de una hipoteca constituida para la seguridad de un crédito para dar posteriormente cobertura real a otro, sea totalmente independiente del primero o el resultado de una ampliación del hasta entonces existente, aunque por haberse reducido la deuda garantizada cupiera en todo o parte el importe del segundo dentro de la suma de responsabilidad hipotecaria establecida en su momento. Ello supondría admitir una modalidad de hipoteca próxima a la conocida en Derecho comparado como de propietario, reiteradamente rechazada por este centro directivo como incompatible con aquellos principios de accesoriedad e indivisibilidad. Cuarto. Cuestión distinta es que no se pueda por vía de modificación o ampliación de la hipoteca existente pasar a dar cobertura real al incremento que experimente en su cuantía el préstamo hasta entonces garantizado como consecuencia de su ampliación. Y tal posibilidad ha de aceptarse, aunque con sus peculiares efectos. El artículo 144 de la Ley Hipotecaria contempla, en términos amplios, la posibilidad de hacer constar en el Registro todo hecho o convenio entre las partes, entre ellos la novación del contrato primitivo, que modifique la eficacia de la obligación hipotecaria anterior, pero exigiendo esa constancia registral como requisito de su eficacia frente a terceros, con lo que claramente establece dos momentos temporales, el anterior al acceso registral de esa modificación, y el posterior. Al tercero tan sólo le afectará la modificación si ha accedido al folio registral antes que su derecho».

Es decir, la DGRN admite que la ampliación de préstamo es una novación modificativa que debe cubrirse con la misma hipoteca, pero no se puede «recargar» la responsabilidad hipotecaria, aunque «cupiera» en la misma la parte ampliada por haberse amortizado parcialmente el préstamo, sino que debe ampliarse asimismo la cobertura hipotecaria sin perjuicio de terceros.

Esta situación peculiar seguía sin dar completa satisfacción al acreedor hipotecario que conseguía ampliar su préstamo hipotecario –siendo el mismo préstamo y no otro distinto–, pero, a efectos prácticos, le suponía lo mismo que antes. Si la ampliación era un nuevo préstamo habría dos obligaciones con dos hipotecas diferentes, de distinto rango, y la segunda postergada; y si se trata de novación modificativa con ampliación de hipoteca, tendríamos en teoría una sola obligación con una sola hipoteca, pero con dos tramos de rangos diferenciados y el segundo de nuevo postergado al primero.

Si, por el contrario, en vez de un nuevo préstamo se entendiera que la concesión de más capital supone una novación extintiva, en vez de modificativa, tampoco era buena solución para el acreedor, pues la novación extintiva supondría una nueva obligación (la del total ampliado), con una nueva hipoteca postergada, pues la *prima obligatio*, se habría extinguido por la novación, y en consecuencia también la hipoteca inicial que habría que cancelar.

En consecuencia, al acreedor realmente le daba igual que se inscribiera la ampliación como el mismo préstamo (modificado) aunque rango distinto, que se considerara que esa ampliación era un nuevo préstamo con una nueva hipoteca, con su rango distinto y correspondiente, o que existiera una novación extintiva en la ampliación del préstamo garantizado.

¿Qué ventajas tiene la solución ofrecida por la DGRN para el acreedor hipotecario en estas resoluciones? ¿No habría sido, a efectos prácticos, lo mismo considerar que la ampliación es una nueva obligación, un nuevo préstamo y que, por tanto, se practicaría un nuevo asiento de nueva hipoteca con sus propios efectos y condiciones, sin necesidad de dar tantas vueltas para llegar a una solución prácticamente idéntica con respecto a sus efectos?

Esta insatisfacción del acreedor –que no nos olvidemos, son esencialmente entidades bancarias–, fue uno de los detonantes de la nueva regulación y admisión de las hipotecas recargables en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Modernización del mercado hipotecario, al igual que ocurrió con la hipoteca flotante.

II. ADMISIÓN DE LAS HIPOTECAS RECARGABLES: SU REGULACIÓN LEGAL. COMPARACIÓN CON LAS FLOTANTES

Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Modernización del mercado hipotecario recoge por primera vez en nuestro ordenamiento la admisión de estas hipotecas.

Su existencia se deduce del nuevo artículo 4 LSMPH y de la Disposición transitoria única, párrafo 3.º, de la Ley, sin que, se les dedique un precepto normativo concreto y expreso, ni se recojan con tal denominación en el articulado de la norma, siendo su denominación una convención doctrinal, por su semejanza con la hipoteca francesa del mismo nombre, y su contenido una consecuencia de la interpretación legal.

En la Exposición de Motivos de la Ley se pone de manifiesto la necesidad de flexibilizar el mercado hipotecario con nuevas figuras que faciliten la concesión de créditos, y actualizar la legislación en un sector de importante actividad económica.

En concreto se afirma que: «el mercado hipotecario es uno de los segmentos del sistema financiero con mayor influencia en la estabilidad macroeconómica y financiera. De su funcionamiento depende la financiación de la vivienda, que representa alrededor de dos tercios del valor de la riqueza total de los hogares españoles y condiciona sus decisiones de consumo e inversión. Al mismo tiempo, el crédito hipotecario tiene un gran peso en el balance de las entidades de crédito y supone más de la mitad del total del crédito al sector privado residente. Debe recordarse que el reciente periodo de extraordinaria aceleración de la actividad ha coincidido con una notable estabilidad en la regulación del mercado hipotecario. Las normas básicas del marco jurídico relativas a la transparencia, los mecanismos de movilización de préstamos y la subrogación y novación no se han alterado, de forma sustancial, en los últimos años».

Son razones de creciente actividad financiera las que impulsan el desarrollo de esta Ley, coincidiendo con un periodo económico expansivo en el que el crédito territorial es base fundamental del mismo, lo que conduce a flexibilizar algunos de los rígidos corsés hipotecarios existentes hasta entonces, para mejorar y conseguir más negocio basado en financiación garantizada con hipoteca. Esta es la justificación de esta Ley y de las nuevas figuras hipotecarias. Figuras basadas en una economía viva, con gran actividad financiera y bancaria que facilita el crédito territorial. ¿Podemos, todavía en la actualidad, seguir defendiendo su justificación y aplicación en estos momentos de crisis?

Veamos, ahora, cómo se han determinado en la Ley, cuáles son sus requisitos y caracteres, para tratar de responder más adelante acerca de su finalidad, y si ésta sigue persistiendo, haciendo una breve comparación en cada uno de los aspectos tratados con la hipoteca flotante que surge, al igual que la recargable, en un contexto de expansión del crédito territorial y, al igual que aquella,

como respuesta a las demandas del acreedor hipotecario que buscaba la garantía de su crédito.

II.1 DENOMINACIÓN Y ADMISIÓN

Como ya hemos apuntado, las hipotecas recargables no aparecen directamente reflejadas en la Ley, no existe un precepto normativo que las contemple de forma expresa, sin embargo, desde mi punto de vista, se puede defender su admisión con la nueva redacción artículo 4 LSMPH y la Disposición transitoria única, párrafo tercero, de la Ley 41/2007³.

En efecto, al admitirse la ampliación de préstamo hipotecario como novación modificativa, permaneciendo la misma garantía hipotecaria, sin alteración o pérdida de su rango, pudiendo ello no implicar incremento de la responsabilidad hipotecaria inicialmente pactada –tal y como se establece con carácter general en el párrafo 3.º–, se está dando carta de naturaleza a la posibilidad de la recarga de esa responsabilidad hipotecaria. Esto es así puesto que, con ante-

³ 1. El artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, queda redactado en los siguientes términos:

Artículo 4. Escritura pública.

1. En la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la modificación de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente, así como la alteración del plazo del préstamo, o ambas.

2. Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes:

- i. la ampliación o reducción de capital;
- ii. la alteración del plazo;
- iii. las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente;
- iv. el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo;
- v. la prestación o modificación de las garantías personales.

3. Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango. En ambos supuestos, se harán constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores.

2. La Disposición Transitoria Única, párrafo tercero, establece lo siguiente:

3. La ampliación de capital, sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita, en los términos previstos en el artículo 13, apartado 2, de la presente Ley, por el que se da nueva redacción al artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, sólo será aplicable a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la presente Ley.

rioridad a esta Ley, y como ya vimos en sus antecedentes jurisprudenciales, el aumento de capital significaba aumento o ampliación de la propia hipoteca. Según se deduce de la ley, solo cuando haya que ampliar responsabilidad –luego cabe que no haya que hacerlo, y eso solo es posible si se ha amortizado previamente parte, y luego se recarga–, habrá que contar con el consentimiento de los terceros intermedios afectados; luego, mientras no se altere la responsabilidad, eso no es necesario, y por tanto, entendemos que eso quiere decir que cabe esa recarga.

Se ha cuestionado por parte de la doctrina⁴ la admisión legal de este tipo de hipotecas, pues: a) no existe precepto específico que las regule –a diferencia de lo que ocurre con las flotantes–, ya que con la publicación de la Ley 41/2007 no se ha modificado ningún precepto ni del Código Civil ni de la Ley Hipotecaria para recogerlas, b) son distintas de las hipotecas recargables propiamente dichas –las del sistema francés–, pues su régimen no puede adaptarse al español⁵ y c) según Valero, la Ley 41/2007 lejos de admitir este tipo de hipotecas confirma el criterio anterior de la DGRN: la ampliación del capital supone una novación modificativa del préstamo hipotecario y de la hipoteca inscrita, manteniéndose el rango en cuanto al capital preexistente y, si existen terceros, debería suponer la constitución de una nueva hipoteca con su propio rango por la cifra total de ampliación del capital, del incremento. Por eso, concluye que no se entiende su encaje en el sistema español.

Sin embargo, entendemos que su admisión puede defenderse a partir de la Ley 41/2007, que admite la ampliación del préstamo hipotecario como novación modificativa (art. 4 LSMPH, sobre todo en su párrafo 3º), y de la Disposición transitoria única que

⁴ En este sentido, véase VALERO FERNÁNDEZ, A.: «La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable», en *Boletín del Colegio de Registradores*, n.º 148, 2009, pp. 1780-1783. Este autor rechaza la admisión de este tipo de hipotecas en nuestro ordenamiento, y no encuentra razones para su admisión en la Ley 41/2007, y apartarse de la hipoteca recargable francesa; mas bien al contrario, entiende que en esa Ley se está refrendando la postura tradicional de la DGRN anterior a la misma, en el sentido de entender que la ampliación de préstamo hipotecario es una novación modificativa que queda garantizado con un nuevo tramo de hipoteca de rango postergado al inicial.

⁵ La hipoteca «recargable» se copia de la hipoteca con el mismo nombre francesa, establecida en la Ordonnance 11 de marzo de 2006, sin embargo, el régimen de una y otra son bastante diferentes. Las principales diferencias que encontramos entre ambas figuras son:

- Se constituyen con ese nombre expreso/las españolas no.
- Se constituyen sin necesidad de pacto expreso/En España son fruto de un convenio bilateral.
- Pueden recargarse a pesar de haberse amortizado totalmente la obligación asegurada/en España no, eso daría lugar a la extinción hipoteca.
- Admiten distintos acreedores en la parte inicial del préstamo y en la ampliada/en España debe ser el mismo acreedor en los dos tramos, que se subroga.
- Admite la renuncia del deudor de la recarga/se rechaza tal posibilidad.

sostiene la irretroactividad de esa configuración. Además, no puede olvidarse que este tipo de hipoteca se encontraba presente en el espíritu de la reforma de la Ley 41/2007 que buscaba un mercado hipotecario más flexible con la admisión de dos nuevas hipotecas: la flotante y la recargable, siempre en el pensamiento de los impulsores de esta ley (Asociación Hipotecaria Española, entidades financieras y crediticias, fundamentalmente). Por otra parte, el hecho de que no haya sido necesario modificar la LH ni el CC, no es óbice para su admisión, pues nada impide que se puedan crear nuevas figuras contractuales, sin necesidad de una reforma expresa de la ley, ni tampoco para los derechos reales, pues su *numerus apertus* limitado y la nueva creación de los mismos ya es una realidad en nuestro ordenamiento⁶. Además, no podemos compartir la tesis de que la Ley 41/2007 esté confirmando el anterior criterio de la DGRN, ya que con lo dispuesto en la ley se está admitiendo un supuesto distinto del que se contemplaba por el Centro Directivo. En las resoluciones previas a la ley se admitía que la ampliación de principal era una novación modificativa pero, esa ampliación, conllevaba una ampliación de la propia hipoteca, dando lugar a la existencia de dos tramos diferenciados de hipoteca que, de hecho, funcionaban como dos hipotecas diferentes de distinto rango, sin que fuera posible ampliar capital aunque «cupiera» dentro de la cifra inicial de responsabilidad hipotecaria. Sin embargo, con la redacción actual de la Ley, podemos entender que es posible ampliar capital sin ampliar hipoteca (responsabilidad hipotecaria), manteniendo el rango de la inicial, siempre que previamente se haya amortizado parte de ese préstamo, es decir, «la recarga». El hecho de que la hipoteca que se admite difiera en aspectos sustanciales de la hipoteca recargable francesa, no es óbice para negar la admisión de un nuevo tipo de hipoteca; no será exactamente la hipoteca recargable francesa, pero sí, si me permiten la expresión, una hipoteca recargable «a la española», adaptada a nuestro sistema registral, para no vulnerarlo. Por último, el hecho de que la «recarga» se haga constar en el Registro mediante nota marginal nos puede lle-

⁶ En este sentido, la DGRN ha manifestado en repetidas ocasiones la posibilidad de creación de nuevos derechos reales, siempre que exista causa que lo justifique, revistan los requisitos de fondo y forma necesarios de un derecho real, y gocen de sus caracteres de oponibilidad e inherencia. Véase, RRDGRN 27 octubre 1947, 7 julio 1949, 19 mayo 1952, 29 marzo 1955, 1 agosto 1959, 20 septiembre 1966, 5 junio, 23 y 26 octubre 1987 y 4 marzo 1993, y la muy reciente 8 junio 2011, que afirma «no solo se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2.2 LH y 7 RH), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, en concreto, sujetarlos a condición, término o modo. Pero también es cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia “erga omnes” de los derechos reales...».

var a pensar en la constatación registral de un negocio diferente al inscrito, del que debe quedar constancia a través de un asiento diferente, lo que indica que existe algo distintos de una modificación de la obligación cuyo reflejo registral ya prevé con carácter general el artículo 144 LH.

Defendemos, por tanto, la existencia, admisión y viabilidad de la recarga en la hipoteca, o, mejor dicho, en el préstamo hipotecario en nuestro ordenamiento; eso sí, con sus propias peculiaridades y especialidades que la alejan de la hipoteca recargable francesa, e incluso de una categoría propia de hipoteca, siendo, mas bien, lo que introduce la Ley, una nueva posibilidad, la de recargar préstamos hipotecarios manteniendo el rango, llamémosle, o no, hipoteca recargable.

II.1.1 Comparación con la hipoteca flotante

A diferencia de la recargable, la hipoteca flotante se reconoce y recoge expresamente por vez primera en el nuevo artículo 153 bis de la Ley 41/2007 de Reforma del mercado hipotecario.

La exposición de motivos de la Ley justifica su necesidad de la siguiente forma: «se flexibiliza el mercado hipotecario regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente *flotantes*. La accesoriedad y determinación que rige en las hipotecas ordinarias excluye de nuestro actual ordenamiento jurídico como hipotecas ordinarias o de tráfico a aquellas hipotecas en las que son diversas las obligaciones garantizadas o en las que se mezclan obligaciones presentes y futuras. Eso determina necesariamente que deban constituirse tantas hipotecas como obligaciones se pretenden garantizar lo que, además de encarecer la operación, no es competitivo en la práctica bancaria».

Una vez más, razones de la práctica bancaria y motivaciones económicas han llevado a la admisión de esta hipoteca, flexibilizando el principio de accesoriedad y especialidad hipotecario.

Con la admisión expresa de las hipotecas flotantes se pone fin a la polémica doctrinal y jurisprudencial anterior, en torno a la posibilidad de garantizar con una única hipoteca diversas obligaciones. Hoy ya no cabe duda de que esto es posible, pues así se establece en el propio artículo 153 bis LH.

Este tipo de hipoteca recibió, anteriormente, otros nombres, tales como paraguas, sumidero, global, empresa, etc.; todos ellos nombres que pretenden de una manera gráfica poner de manifiesto la posibilidad de que varias obligaciones queden cubiertas con la misma hipoteca.

El artículo 153 bis LH las regula y define y, aunque no les da la denominación de «flotantes», este nombre es admitido comúnmente por la doctrina desde que la DGRN lo empezó a utilizar en sus resoluciones. En el borrador del Anteproyecto de la Ley de Reforma de Mercado hipotecario se utilizó, por el contra, la expresión de «hipotecas empresa», para referirse a ellas, probablemente porque estaba pensada su utilización por estas. El preámbulo de la Ley 41/2007, sin embargo, sí que utiliza esta expresión, al señalar que «En el capítulo VI se flexibiliza el mercado hipotecario regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente “flotantes”».

Por lo tanto, este es en la actualidad el nombre mayoritariamente aceptado, y cuando se constituyan como tales, en la escritura de constitución y en la inscripción consecuente, deberá expresarse su denominación (art. 153 bis LH), que no es otra que la de «flotante».

Es decir, la hipoteca flotante, a diferencia de la recargable, tiene una admisión legal expresa, no dudosa, y con una denominación claramente aceptada por la doctrina⁷.

II.2 CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

II.2.1 Concepto

Para que podamos hablar de una hipoteca recargable en sentido estricto, y que por tanto haya verdadera recarga, es preciso subrayar lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 4 LSMPH, y la Disposición transitoria única.³; es decir, solo entendemos que existe verdadera hipoteca recargable cuando la «recarga del préstamo», o sea la ampliación del capital, no suponga alteración del rango registral hipotecario. La ampliación del préstamo y la conservación del rango inicial para la parte ampliada es lo fundamental y característico de estas hipotecas.

Podíamos definir, entonces, la hipoteca recargable como aquella que garantiza, sin pérdida de rango, la obligación derivada de un préstamo y sus sucesivas ampliaciones, sin que, a la vez, se altere la responsabilidad hipotecaria ni el plazo de la misma.

En definitiva, y según lo que acabamos de exponer, solo hay hipoteca recargable, o solo hay recarga, cuando: a) se aumenta el capital del préstamo, previa amortización parcial del préstamo ini-

⁷ Sobre las notas características de la hipoteca flotante que se van comparando a lo largo de este trabajo con las de la hipoteca recargable, véase, de forma desarrollada, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «El devenir de la hipoteca flotante», en RCDI, n.º 731, 2012, pp. 1646-1660.

cial por el deudor, b) no se altera la responsabilidad hipotecaria y c) no se modifica el plazo de éste, y con estas premisas, d) no se altera el rango de la garantía hipotecaria.

Para nosotros lo fundamental de la recarga es que no hay pérdida de rango, y esto ocurre cuando hay: ampliación principal (la recarga) + no modificación responsabilidad + no modificación plazo.

Porque cualquier aumento de la responsabilidad hipotecaria o del plazo de la misma⁸ –siempre que haya recarga– harían perder el rango hipotecario respecto de la parte ampliada. En estos casos cuando se produce una modificación del rango, no podemos hablar de una hipoteca recargable, sino de una simple novación modificativa del préstamo que implicaría una ampliación de la propia responsabilidad hipotecaria o del plazo. Esto conduce, *de facto*, a la existencia de dos tramos de hipoteca, como dos hipotecas distintas una por cada parte distinta del préstamo ampliado, con su correspondiente rango y prioridad.

Es cierto que, cuando se modifique el rango por consecuencia de un incremento de la responsabilidad hipotecaria o del plazo, puede mantenerse el mismo rango para la parte ampliada, si no hay terceros posteriores o, si existen, estos dan su consentimiento a la modificación de la responsabilidad o plazo, asumiendo el empeoramiento de su rango y prioridad. Pero en este caso, aunque se consigue una ampliación del capital sin pérdida de rango, desde mi punto de vista, no se puede hablar de una hipoteca recargable en sentido estricto, sino que se trata de supuestos basados en la negociabilidad del rango entre los distintos titulares de cargas inscritas –pues la conservación del rango es fruto de un acuerdo o negocio con los terceros intermedios–, ya permitidos antes de la entrada en vigor de esta Ley, como la Dirección General ha recordado en varias resoluciones.

En cualquier caso, conviene en este punto poner de manifiesto que la doctrina no es unánime al considerar los supuestos en los que se mantiene el rango cuando hay una novación modificativa en el préstamo garantizado con hipoteca.

La regla general que establece el artículo 4.3 LSMPH es que en los supuestos de novación modificativa se mantiene el rango: «Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no pondrán,

⁸ José Luis DEL VALLE, afirmó en su conferencia sobre la Hipoteca Recargable, en el Congreso sobre garantías reales y crisis, de la Universidad Autónoma de Barcelona, octubre 2011, que un aumento de plazo, sin modificar la responsabilidad hipotecaria, pero con ampliación de principal, hace igualmente perder el rango respecto a la parte ampliada pues si se mantuviera el mismo, nos encontraríamos ante una hipoteca perpetua, que cada vez que se recarga se amplía el plazo, lo que pondría a los terceros en una situación de clara desventaja.

en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita». Por lo tanto, también, y como regla general cuando se amplíe el préstamo hipotecario.

Sin embargo, a continuación, se establecen las excepciones a esa regla general: «excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación».

a) Respecto a la primera excepción no hay controversia. La totalidad de la doctrina⁹ entiende que un incremento de la responsabilidad hipotecaria no puede mantener el rango de la hipoteca inicial para la parte ampliada o novada. En estos casos, existirá un tramo de hipoteca inicial con su rango originario, y un nuevo tramo de hipoteca con rango postergado para la parte novada o ampliada, siempre, claro está, que existan terceros intermedios.

El aumento de responsabilidad hipotecaria respecto al inicialmente previsto afecta a los terceros posteriores que contrataron con base en una responsabilidad determinada. Ese incremento de responsabilidad hace que esos terceros vean disminuidas sus posibilidades de agresión sobre la finca, y en definitiva sus posibilidades de cobro. Es lógico, por tanto, que la parte de préstamo ampliado se garantice con un tramo de hipoteca de rango posterior al de estos terceros intermedios –salvo que consintieran expresamente el adelantamiento de rango–, evitando, así, el perjuicio que les podría ocasionar. El principio de prioridad registral, de otro modo, podría verse vulnerado.

b) La ampliación del plazo. Respecto a esta segunda excepción, existen posiciones doctrinales muy diversas¹⁰.

1. La primera de ellas, y de carácter minoritario¹¹, entiende que el solo aumento del plazo del préstamo hipotecario, sin necesi-

⁹ AZOFRA, F.: «La hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación del rango en la recarga», *ob. cit.*, pp. 1-9. VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A.: «La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada Hipoteca recargable», *ob. cit.*, pp. 1781-1784; SIEIRA GIL, J.: «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis*, CER, Madrid, 2009, pp. 167-207; DEL VALLE, J.L., en la ponencia titulada «La hipoteca recargable» defendida en el Congreso sobre Garantías Reales y Crisis, de la Universidad de Barcelona, octubre 2011; OLIVA BRAÑAS, P.: «La ampliación del capital del préstamo según la hipoteca sea anterior o posterior a la Ley 41/2007: la recarga», en *Jornadas sobre la Hipoteca ante la crisis económica*, CER, Madrid, 2009, pp. 145-166.

¹⁰ Sieira Gil hace una buena descripción de las tesis que aquí se resumen, y de los motivos y argumentos de cada una de ellas. Véase SIEIRA GIL, J.: «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis*, *ob. cit.*, pp. 167-207.

¹¹ Defiende esta postura CHAVES RIVAS, A.: «Ampliación de plazo y rango», en *El Notario del siglo XXI*, n.º 26, julio-agosto, 2009, disponible en <http://www.elnotario.com>, pp. 1-7.

dad de que haya también ampliación del préstamo hipotecario, supone una pérdida de rango registral.

Estos autores se basan en la consideración de la hipoteca como un derecho de realización de valor de importe y plazo determinado, más en la aplicación por analogía a la hipoteca del artículo 1851 CC en materia de fianza y lo dispuesto en el 241 RH que requiere para la posposición de rango que se determine «la duración máxima de la hipoteca», convirtiéndose este elemento en esencial de la conservación del plazo.

No compartimos esta tesis, pues la DGRN ha mantenido en diversas ocasiones que el solo aumento del plazo, sin modificación de la responsabilidad ni nada más, no supone una alteración del rango registral, como dice la RDGRN 27 de noviembre de 1999, donde *sensu contrario* se puede mantener que la modificación del plazo de la obligación garantizada durante la vigencia de éste, debe tener su reflejo registral, conservando el rango inicial, pues defiende que la alteración una vez vencido el plazo, al extinguirse la obligación, debe tener una hipoteca con un nuevo rango posterior. En contra, sin embargo, parecen manifestarse las resoluciones de 14 de febrero y 4 de marzo 2013.

2. La segunda de las tesis, abanderada por Azofra¹², entiende que el aumento del plazo aunque vaya acompañado de un ampliación de principal, no tiene que suponer una alteración del rango. Defiende este autor que el aumento del plazo de la obligación no tiene por qué perjudicar a los acreedores posteriores que pueden verse favorecidos por el alargamiento de la deuda anterior «en la medida que hace más improbable que se ejecute la hipoteca ante su impago»¹³. Este autor considera, a diferencia de los anteriores, que el incremento de plazo en ningún caso va a suponer una alteración del rango, ni siquiera si se aumenta también el principal. Considera esa variación de plazo como «una novación modificativa que no perjudica el rango de la hipoteca, aunque existan titulares registrales posteriores y siempre que no se aumente la responsabilidad hipotecaria». Basa sus argumentos en la superación de la antigua jurisprudencia registral que afirmaba que la alteración de plazo no supone pérdida de rango, y en la consideración de que, si mediante la subrogación de acreedor es posible aumentar el plazo sin alteración del rango, por qué no va a serlo a través de una propia novación. Además, defiende una interpretación teleológica del precepto

¹² AZOFRA, F.: «La hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación del rango en la recarga», en *Diario La Ley*, n.º 7167, 5 mayo 2009, año XXX, pp. 1-9.

¹³ AZOFRA, F.: «La hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación del rango en la recarga», *ob. cit.*, p. 2.

que busca la flexibilización de las hipotecas, incluyendo, por tanto, este supuesto como de verdadera hipoteca recargable. Para los defensores de esta postura, lo que únicamente supone una modificación de rango es el aumento de responsabilidad hipotecaria. Sin embargo, defender esta tesis implica que el supuesto descrito supone un caso de recarga, de hipoteca recargable, y por lo tanto esta podría ser similar a una reserva de rango, o hipoteca de propietario, pues las sucesivas recargas, alargando el plazo y manteniendo el rango, permitirían un encadenamiento con el deudor, y el mantenimiento de una deuda «eternamente asegurada» con un rango preferente, lo que supondría un perjuicio grave para los terceros posteriores, acarrearía consecuencias no previstas por nuestro ordenamiento y, en consecuencia, creemos que hay que rechazarla.

3. La tercera postura¹⁴ considera que el aumento de plazo unido a la ampliación del préstamo hipotecario, sin necesidad de aumentar la responsabilidad hipotecaria, supone una pérdida de rango. Es la postura que defendemos desde estas líneas, y nos parece la más acorde con la dicción de la Ley, puesto que en el segundo párrafo del artículo nos dice cuáles son las novaciones modificativas, luego añade que ninguna de ellas supone alteración del rango, y concluye que, sin embargo, sí habrá pérdida de rango cuando se altere la responsabilidad hipotecaria «o» se modifique el plazo, «por este incremento o ampliación», se entiende que se refiere a la ampliación del préstamo hipotecario, pues así lo ha denominado en el párrafo anterior, a diferencia del plazo que lo denominaba «alteración».

Dos son las excepciones a la conservación del rango: Incremento de la responsabilidad, en cualquier caso, y solo ese incremento, pero también el aumento del plazo cuando a la vez haya una ampliación del préstamo.

Además, la interpretación sistemática con la Disposición Transitoria única.3.º, nos lleva a la misma conclusión, puesto que en ella se permite la ampliación de capital sin pérdida de rango, lo que lleva a pensar, como añade Sieria¹⁵, que existen ampliaciones de capital con pérdida de rango, y esto no puede referirse solo a las

¹⁴ Defensores de esta tesis: VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A.: «La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada Hipoteca recargable», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 148, pp. 1783-1784; GARCÍA GARCÍA, J.M.: *Código de la Legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, 6.ª edición, Ed. Thomson, 2009; DEL VALLE, J.L., en la ponencia titulada «La hipoteca recargable» defendida en el Congreso sobre Garantías Reales y Crisis, de la Universidad de Barcelona, octubre 2011; SIEIRA GIL, J.: «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», *ob. cit.*, pp. 194-199; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V.: «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y el mantenimiento del rango» en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 23, enero-febrero, 2009, disponible en <http://www.elnotario.com>, pp. 1- 5.

¹⁵ SIEIRA GIL, J.: «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», *ob. cit.*, pp. 197-199.

ampliaciones que incrementen la responsabilidad, pues eso ya era así con anterioridad a la Ley, sino que debe pensar en otro supuesto de ampliación de capital que suponga pérdida de rango, y ese, en virtud de lo establecido en el artículo 4.3, solo puede ser la alteración del plazo.

Y es que este precepto así interpretado está admitiendo las hipotecas recargables, las define *sensu contrario*, al consistir éstas en supuestos de mantenimiento de rango.

A diferencia de la postura anterior, en este caso en el que el aumento de plazo mas el de capital haría perder rango, no cabe afirmar que se trata de un supuesto de recarga, de hipoteca recargable, ya que no cabe mantener rango, por tanto, no puede mantenerse que la hipoteca recargable *stricto sensu* se asemeje en ningún caso a una reserva de rango, pues éste no se mantiene, al quedar postergado.

La postura que aquí se defiende, como dice Sieira¹⁶, es un límite a la propia hipoteca recargable, para evitar los abusos que supondría un rango perpetuo.

No obstante, es conveniente subrayar la enrevesada redacción del nuevo artículo 4 LSMPH que ocasiona la posibilidad de interpretaciones tan dispares como las que se acaban de poner de manifiesto que generan una gran inseguridad. Habría sido conveniente que el legislador o la propia DGRN clarificara estos extremos.

El nuevo RD 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, en su artículo 5.5 establece para las modificaciones previstas para los préstamos y créditos hipotecarios en el Código de Buenas Practicas que «La novación del contrato tendrá los efectos previstos en el artículo 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, con respecto a los préstamos y créditos novados». Esas modificaciones son las que se establecen dentro de la reestructuración de la deuda prevista en el artículo 1.b) del Código de buenas prácticas que son: a) Carencia en la amortización de capital de cuatro años. b) Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo. c) Reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 % durante el plazo de carencia. Cualquiera de esas novaciones (modificaciones) no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita (art. 4.3 LSMHP). Por tanto, el aumento de plazo a 40 años no supone alteración del rango, y, de este modo, este RD rechaza la tesis a favor de que el

¹⁶ SIEIRA GIL, J.: «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», *ob. cit.*, pp. 204-205.

solo aumento de plazo supone alteración de rango, y también confirma, en cierto modo, la tesis que aquí se defiende. Esto es así porque el mantenimiento de rango en las novaciones modificativas que establece el artículo 5.5 RD se refiere, como hemos dicho, a la refinanciación ampliando el plazo de amortización a 40 años (además de las otras dos cuestiones no problemáticas), pero entiendo que se refiere a esa sola ampliación de plazo porque en el Código no se habla de ampliar también capital; y solo en ese caso se mantiene rango (5.5 RD 6/2012 + art. 4.3 LSMPH). Por eso, la sola alteración de plazo no supone pérdida de rango, y solo si va acompañada de ampliación de principal se produce la postergación de la parte ampliada (si hubiera terceros intermedios), siendo imposible calificar a esa ampliación de principal como «recarga», pues para mí esta supone siempre mantenimiento del rango. Definida y delimitada de este modo la viabilidad, admisión y concepto de la hipoteca recargable, o de la posibilidad de recarga, hay que decir que las ventajas que ofrece al acreedor son claras, ya que le permite mantener el mismo rango hipotecario inicial que garantiza nuevas y futuras concesiones de capital. Sin la posibilidad de la hipoteca recargable, el acreedor tendría para la parte de préstamo ampliada una garantía de rango postergado, como ha ocurrido hasta la actualidad.

II.2.2 Naturaleza jurídica

En primer lugar habría que señalar que, más que un tipo especial o diferente de hipoteca, la posibilidad de recarga establecida a partir de la Ley 41/2007, es eso, una posibilidad que cuando se lleva a cabo, transforma la hipoteca original en lo que llamamos la hipoteca recargable.

Desde esta perspectiva, la naturaleza jurídica de la hipoteca que se recarga es la de una hipoteca ordinaria o de tráfico, pues en principio se establece en garantía de una obligación ya nacida y determinada (la derivada de un préstamo). No es por tanto una hipoteca de seguridad, ni es necesario establecer un máximo de responsabilidad hipotecaria aunque, y como veremos, se modifica sustancialmente su régimen, cuando se ejercita «la recarga».

Sin embargo, y por otra parte, el hecho de que una hipoteca ordinaria se recargue en sucesivas ocasiones puede llevar a identificar esa hipoteca con la hipoteca en garantía de obligaciones futuras –las diferentes aportaciones de capital– que se harían dentro de la misma cobertura hipotecaria, pasando a funcionar como un máximo de responsabilidad hipotecaria. Es decir, la hipoteca recar-

gable ordinaria podría desnaturalizarse y transformarse en una hipoteca de máximo.

Si bien es cierta esta similitud, no puede olvidarse que la hipoteca se ha establecido en origen en garantía de una obligación ya existente y determinada (la de devolver el importe del préstamo), y que las ampliaciones de principal solo pueden considerarse como meras novaciones modificativas (a partir Ley 41/2007), por lo que la obligación seguiría siendo la misma inicialmente asegurada y ya determinada, eso sí, de cuantía indeterminada. Aunque es verdad que la responsabilidad hipotecaria empieza a funcionar en estos supuestos como un máximo, esta es la modificación sustancial que la recarga hace respecto de la hipoteca ordinaria.

Es más, para algunos autores¹⁷, la hipoteca recargable así considerada debería ser una hipoteca de máximo, pues solo así es posible la «recarga» dentro de ese máximo de responsabilidad, ya que de otro modo, si es una hipoteca ordinaria o de tráfico, la recarga puede desnaturalizarla ya que al recargarse es como si se convirtiera en un máximo. Canals Brage¹⁸ lo argumenta diciendo que en una hipoteca ordinaria siempre que se amortice parte del principal la responsabilidad inmediatamente disminuye, por lo que, si se refleja el capital amortizado, no puede volver a usarse su cifra de responsabilidad para garantizar una nueva cantidad, puesto que si disminuye el capital, disminuye inmediatamente la responsabilidad. Correlativamente, para los defensores de esta postura, en una hipoteca ordinaria cualquier aumento del principal supone un aumento de la cifra de responsabilidad, lo que haría imposible siempre pensar en una hipoteca recargable ordinaria, relegándose ese supuesto si es que existe, a una hipoteca de seguridad o máximo. Azofra¹⁹ considera que no era esa la finalidad de la propia Ley 41/2007 declarada en su Exposición de Motivos, ya que la referencia a la «cifra de responsabilidad» del artículo 4.2 se contrapone al «capital del préstamo», y por último, no se explica la dicción del artículo 4.3 que impide anotar la novación modificativa al margen de la hipoteca «cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente de ejecución de cargas posteriores»; ¿para qué se añade esta previsión si, según la tesis de

¹⁷ Véase OLIVA BRAÑAS, P.: «La ampliación del préstamo según la hipoteca sea anterior o posterior a la Ley 41/2007: La recarga», *ob. cit.*, p. 162; VALERO FERNÁNDEZ, A.: «La modificación de los préstamos...», *ob. cit.*, p. 1783.

¹⁸ CANALS BRAGE, F.: «La ampliación del derecho real de hipoteca en garantía de la ampliación del crédito garantizado. Algunas observaciones a la doctrina de la DGRN», en *RCDI*, n.º 678, julio-agosto, 2003, pp. 2255-2296.

¹⁹ AZOFRA, F.: «La hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación del rango en la recarga», *ob. cit.*, p. 2.

estos autores, cualquier ampliación de principal implica aumento de la responsabilidad hipotecaria?, no tiene sentido alguno.

Si además esas nuevas aportaciones de capital son varias y futuras, hay quien podría asimilarla a una hipoteca flotante. Sin embargo, rechazamos también esta tesis, pues las hipotecas flotantes, como hemos dicho, garantizan varias obligaciones presentes y o futuras sin nexo causal y sin novación. No es el supuesto que se contempla en la recargable, pues a pesar de las diferentes y sucesivas ampliaciones de capital, la obligación es una, la derivada del préstamo y todas esas «pretendidas distintas obligaciones», no son más que novaciones modificativas de la cuantía del préstamo, y están por tanto no solo unidas por un nexo causal, sino que son la misma relación jurídica.

¿Podría recargarse una hipoteca flotante? Creemos que no, ya que la recarga, en principio y tal y como está considerada, debe aplicarse en una hipoteca ordinaria o de tráfico. El supuesto de que una hipoteca flotante se establezca también en garantía de las sucesivas y futuras ampliaciones de créditos asegurados, no sería ciertamente una recarga propiamente dicha. En este caso, lo normal es que esas «ampliaciones» sean nuevas y futuras obligaciones que quedan cubiertas con la misma cobertura hipotecaria global; es decir, distintos créditos/obligaciones asegurados, pero no se trataría de una recarga propiamente dicha, en la que las sucesivas ampliaciones son consideradas como el mismo préstamo y por tanto la misma obligación. Y es que nada obsta al acreedor, al contrario le beneficia, a incluir nuevas y futuras obligaciones –que coincidirán con esas ampliaciones– dentro de la cobertura global, gozando de las ventajas que el máximo de responsabilidad les otorga, y las facilidades para su ejecución.

Por último, hay quien ha identificado estas hipotecas con una mera reserva de rango, o incluso las ha equiparado a una hipoteca de propietario. No compartimos esta tesis, pues para ello habría que defender que la hipoteca recargable sin pérdida de rango existe cuando se amplía préstamo y se aumenta plazo sin modificar la responsabilidad hipotecaria, esto supondría un alargamiento *sine die* de la deuda, que siempre estaría garantizada con esa responsabilidad máxima que no varía, y admitiría nuevas ampliaciones de principal, lo que le asemeja a una reserva de rango o hipoteca de propietario prohibida en nuestro ordenamiento. Como ya hemos explicado, consideramos que la ampliación de plazo + ampliación de principal, sin modificación de la responsabilidad hipotecaria, no mantiene el rango inicial, no es verdadera hipoteca recargable en sentido estricto.

Corresponde ahora, delimitar sus elementos y sus requisitos, para poder distinguir cuándo nos encontramos ante ella y diferenciarla de otras pretendidas figuras afines.

II.2.3 Comparación con la hipoteca flotante

A diferencia de la hipoteca recargable, la hipoteca flotante es aquella hipoteca que garantiza una pluralidad de obligaciones diversas, presentes y futuras, sin conexión causal entre ellas, y sin que se produzca novación de las mismas en una única y resultante obligación final.

Los rasgos que la identifican son por tanto los siguientes²⁰:

- a) Varias obligaciones presentes y/o futuras.
- b) Obligaciones indeterminadas pero al menos determinables sus líneas básicas.
- c) No existe relación causal entre esas obligaciones. Son diferentes y no están relacionadas.
- d) No existe novación extintiva de las diferentes obligaciones en una nueva resultante. Esto significa que cada obligación conserva desde el inicio y hasta el final su independencia y autonomía.
- e) Una sola hipoteca que las garantiza, para lo cual hay que establecer un máximo de responsabilidad hipotecaria.
- f) Ese máximo de responsabilidad hipotecaria es indiferenciable.

Si esos son los rasgos que identifican una hipoteca flotante, la cuestión de su naturaleza jurídica queda bastante clara, pues solo puede tratarse de una hipoteca de seguridad, en concreto, de máximo. No hay dudas en torno a su naturaleza jurídica, y ésta queda perfectamente determinada, a diferencia de lo que ocurre con las hipotecas recargables.

En efecto, la exigencia de un máximo de responsabilidad hipotecaria que garantice la pluralidad de obligaciones diversas las califica como hipotecas de máximo. Son una especie de estas y, porque

²⁰ Sobre el concepto y rasgos característicos de la hipoteca flotante véase: Sobre el concepto y rasgos característicos de la hipoteca flotante véase: SÁENZ DE JUBERA, B.: «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma de mercado hipotecario», en *RCDI*, n.º 707, pp. 1245-1274; AZOFRA VEGAS, F., OLIVA DOMÍNGUEZ, J.M., ALONSO LAPORTA, J.L.: «Hipotecas en mano común», en *RCDI*, n.º 725, pp. 1285-1323; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.: «Hipoteca flotante», en *RCDI*, n.º 685, 2004, pp. 2510-2526; MONTÁNCHÉZ RAMOS, M.: «Especial referencia en la hipoteca flotante», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, CER, Madrid, 2009, pp. 39-56. AZOFRA, F.: «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, n.º 707, 2008, pp. 1179-1242.

no decirlo, las mas significativas e importantes, al menos en cuanto a su utilidad en la actualidad.

Que se trata de una clase de hipoteca de máximo queda claro cuando la propia ley, en el artículo 153 bis, así las califica, al decir «también podrá constituirse hipoteca de máximo...», justo a continuación del artículo 153 LH dedicado a las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito que han sido las tradicionales hipotecas de máximo²¹.

II.3 REQUISITOS

II.3.1 Requisitos subjetivos

El acreedor hipotecario y por tanto titular de la hipoteca recargable solo puede ser una entidad financiera o bancaria, pues como dice el artículo 4 LSMPH, cuando la novación consista en un aumento de capital, solo podrá hacerlo una de las entidades del artículo 1 de la Ley, y este artículo establece que son: «las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Mercado Hipotecario»²². Es decir, igual que en para las hipotecas flotantes, las entidades financieras y crediticias son las únicas que pueden ser titulares de las hipotecas recargables. Sin embargo, aquí no cabe una hipoteca recargable a favor de las Administraciones públicas, como si se permite expresamente en las flotantes.

También a diferencia de estas últimas, creemos que en las hipotecas recargables no es posible la existencia de una pluralidad de acreedores distintos, titulares de diferentes créditos. La razón de la negativa es que en estas hipotecas no se garantizan obligaciones distintas, sino que solo hay una relación jurídica garantizada que es el contrato de préstamo, único, del que se deriva una única obligación –la de devolver la total cantidad prestada–, y aunque se conce-

²¹ Véase, SÁENZ DE JUBERA, B.: «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma de mercado hipotecario», en *RCDI*, n.º 707, pp. 1246-1247. (1245-1274.)

²² Artículo 2 Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Mercado Hipotecario:

«Las entidades de crédito que, a continuación, se detallan podrán otorgar préstamos y créditos y emitir los títulos que se regulan por la presente Ley, en las condiciones que reglamentariamente se determinen:

- a. los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito,
- b. las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros,
- c. las cooperativas de crédito,
- d. los establecimientos financieros de crédito.»

da una ampliación del mismo, esto supone una novación modificativa de la obligación, sin que puedan considerarse las sucesivas ampliaciones como dos o más obligaciones diferentes. Por lo tanto, no pueden existir distintos acreedores, cada uno por su obligación o crédito, como ocurre en la flotante, puesto que la obligación es la misma: la derivada del préstamo inicial.

Sin embargo, y a diferencia de las recargables, en las flotantes, y aunque la Ley tampoco dice nada sobre el número de personas que pueden ocupar la posición acreedora o deudora en la hipoteca flotante, y, a pesar de que creemos que inicialmente –tal y como ha sido su evolución jurisprudencial– se pensaba en un solo acreedor y un solo deudor, nada obsta en la literalidad de la Ley –pues nada dice al respecto– para poder admitir la posibilidad de una pluralidad de sujetos tanto en la parte activa como en la pasiva en la hipoteca flotante. Desde luego, esto es así, cuando se trate de pluralidad de acreedores titulares del mismo crédito (no deja de ser una sola posición acreedora), pero también, como ya se ha admitido, cuando se trate de pluralidad de acreedores titulares de créditos distintos.

Este ha sido uno de los temas más discutidos en torno a esta modalidad de hipoteca: la posibilidad de admitir la pluralidad de acreedores hipotecarios titulares de diferentes créditos, como corresponde en una hipoteca flotante, organizados en mano común. La DGRN, en resolución 8 de junio de 2011, ha admitido las hipotecas flotantes con pluralidad de acreedores en mano común en supuestos de refinanciación de deuda sin necesidad, por tanto, de que se distribuya la responsabilidad hipotecaria en diversas cuotas correspondientes a los distintos créditos y acreedores. El Centro Directivo considera que no se vulnera el principio de especialidad ya que no existe indeterminación ni en los casos de cesión del derecho de cada acreedor, pues está claro que cada uno cede su concreta posición contractual con sus derechos y obligaciones propios, ni tampoco hay indeterminación en la ejecución parcial de la hipoteca por alguna de las obligaciones garantizadas, siempre que después se determine la cuantía por la que queda vigente la hipoteca en relación con el resto de obligaciones, de acuerdo con los artículos 154, 155 y 157 LH y 227 RH.

Esta doctrina de la DGRN sobre la posibilidad de hipotecas flotantes en mano común ha sido discutida por los autores, pero, en la actualidad, hay que admitirlas²³ pues, como bien dice la DGRN en esta resolución, los derechos reales son *numerus apertus*, por lo

²³ Véase sobre las razones de la admisión de las hipotecas en mano común, a AZOFRA VEGAS, F., OLIVA DOMÍNGUEZ, J.M., y ALONSO LAPORTA, J.L.: «Hipoteca en mano común», en *RCDI*, n.º 725, pp. 1285-1323.

que nada impide que se generen nuevos derechos reales o nuevas modalidades de los mismos, siempre que se respeten los límites establecidos por la propia Dirección General²⁴.

Por otra parte, y ya respecto a las hipotecas recargables, no puede olvidarse que la peculiaridad de los sujetos activos en la hipoteca recargable deviene de su propia naturaleza, y puede ocurrir que el acreedor sea solo uno (o una pluralidad pero desde el inicio), o que sean dos. Es decir: a) un acreedor inicial que concedió el préstamo garantizado con la hipoteca y que sea él mismo el que conceda la ampliación de aquella, «recargando» la responsabilidad hipotecaria; o bien, b) que el acreedor hipotecario inicial fuera uno, pero que después el que amplíe el préstamo sea otro distinto. Esto solo puede ocurrir si este segundo se ha subrogado previamente en el préstamo hipotecario inicial, puesto que en nuestro sistema, a diferencia del francés, no pueden existir diferentes acreedores hipotecarios para los distintos tramos ampliados. Luego, en definitiva siempre es un único acreedor (parte acreedora) para las dos partes: inicial y ampliación²⁵, haciendo imposible la pluralidad de acreedores distintos y por créditos diferentes en este tipo de hipoteca.

Resuelto este problema, lo que parece que sí cabría, y según Azofra²⁶, existiendo subrogación de todo el préstamo además de ampliación de capital, es que el primer acreedor no fuera una entidad financiera, siempre que el segundo subrogado que concede la ampliación sí lo fuera y ampliase entonces el préstamo, cumpliéndose entonces los requisitos de la Ley de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios. No obstante, para este autor, esta opción no será muy frecuente en la práctica, al no gozar la primera subrogación necesaria de los beneficios fiscales que ofrece la LSMPH, solo para préstamos bancarios.

En cuanto al deudor, nada dice la Ley, y por lo tanto, cualquier persona física o jurídica puede ser deudor hipotecante en una hipoteca recargable; y nada obsta para que pueda recargarse tanto un préstamo garantizado con hipoteca sobre un inmueble de propiedad del deudor, como si se estableciera en garantía de deuda ajena,

²⁴ En este sentido, a favor de la creación de nuevos derechos reales, véase las RRD-GRN 27 marzo 1947; 27 octubre 1947; 7 julio 1949; 19 mayo 1952; 29 marzo 1955, 20 septiembre 1966; 5 junio, 23 y 26 octubre 1987; 4 marzo 1993; 21 diciembre 2007.

²⁵ AZOFRA, F.: «La hipoteca recargable: realidad o mito», en *Diario La Ley*, n.º 7162, 27 abril 2009, año XXX, pp. 6 y 7. Allí este autor afirma que «la normativa española comparte la regla general de que la recarga no perjudica el rango de la hipoteca inicial, pero no prevé la posibilidad de que la recarga se haga a favor de un acreedor distinto del inicial (salvo porque el nuevo se haya subrogado previamente y de forma completa en el crédito inicial)».

²⁶ AZOFRA, F.: «La hipoteca recargable: realidad o mito», *ob. cit.*, p. 5.

existiendo un hipotecante no deudor, que debería consentir la recarga en cualquier caso.

II.3.2 Requisitos objetivos

No cabe duda de que la obligación garantizada con hipoteca recargable es, desde luego, un préstamo. Así lo dice el propio nombre de la Ley, lo afirma el CC en el artículo 1211 (génesis de la LSMH), y es por tanto la obligación recargable por excelencia. Sin embargo, existe cierta discusión doctrinal e incluso jurisprudencial acerca de si también los créditos pueden garantizarse con hipoteca recargable. A decir verdad, la polémica no se refiere solo al supuesto de la hipoteca recargable (la ampliación del préstamo hipotecario sin alteración de rango), sino a todo el ámbito objetivo de la LSMPH.

Encontramos argumentos en la propia Ley para pensar que el ámbito debe extenderse también a los créditos: así en la Exposición de Motivos se mezclan las referencias a préstamos y créditos de manera indistinta, y aunque en el artículo 1.2 que recoge el ámbito objetivo de la Ley se refiere solamente a préstamos hipotecarios, tras la reforma de 2007, se introducen dos referencias expresas a los créditos en el artículo 2.2 («cuando sobre la finca exista mas de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora...»), y en el artículo 8 relativo al cálculo de los honorarios notariales y registrales de las escrituras «de subrogación, novación modificativa y cancelación de los créditos o préstamos hipotecarios». La utilización consciente y expresa por parte del legislador diferenciando los negocios jurídicos de préstamo y crédito hace pensar que se pretende aplicar dicha ley a ambos supuestos; pero si esto es así, es una lástima que no haya aprovechado para corregir el artículo 1.2 que regula el ámbito objetivo de la Ley, y el artículo 2.2 en el que expresamente se refiere a «tomar dinero a préstamo». De igual forma, el reciente RD 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, en su artículo 5.5, establece que las modificaciones que se realicen en préstamos y créditos novados tendrán los efectos previstos en el artículo 4 LSMPH, es decir, novaciones modificativas y mantenimiento de rango. Equipara de nuevo ambos términos, dotándoles de los mismos efectos.

No se puede olvidar, en cualquier caso, que el precepto en el que se basa esta ley de LSMPH, es el 1211 CC, de carácter excepcional, como ha recordado el TS en sentencia de 27 junio 1989, y por lo tanto debe interpretarse de forma restrictiva.

No obstante, aunque en términos generales la DGRN considera que el ámbito objetivo de la LSMPH son los préstamos hipotecarios, entendiendo que lo previsto por ella también se puede aplicar a otros supuestos que, sin ser estrictamente préstamos hipotecarios, se asimilan a los mismos²⁷.

La DGRN, en la resolución de 18 de junio de 2001, confirma esta nueva idea, y aunque considera que en la Ley solo se hace referencia a los préstamos, amplía el concepto de préstamo hipotecario a los efectos de esta Ley, y afirma que puede aplicarse la subrogación en ella prevista a esas otras figuras que sin ser préstamo en sentido estricto se comportan como tales, o pueden asimilarse a los mismos por el hecho de devenir en una relación jurídica unilateral asimilable al préstamo (la obligación de devolver una cantidad exacta de dinero), como puede ocurrir en un préstamo futuro o en la apertura de crédito²⁸. En las RRDGRN de 17 de julio y 27 de sep-

²⁷ Se piensa sobre todo en la asimilación del contrato de préstamo al de crédito en cuenta corriente, aunque hay que recordar que tanto el TS como la DGRN han manifestado en varias ocasiones las diferencias entre ellos. Baste ver la STS 27 junio 1989 que afirma que el contrato de cuenta corriente es aquel por el cual «el Banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe el cliente, a poner a disposición de éste, y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente», y que se trata de un contrato consensual y bilateral, y continúa diciendo que por lo tanto, «no puede ser confundido con el contrato de préstamo regulado en los arts. 1753 a 1757 del CC y 311 y siguientes del C.Com, de naturaleza real, que se perfecciona por la entrega de la cosa prestada, y unilateral por cuanto de él solo surgen obligaciones para uno de los contratantes, el prestatario». En el mismo sentido encontramos las SSTs 12 junio 1976 y 11 junio 1999.

De igual forma, diferencian claramente el contrato de préstamo de la apertura de crédito en cuenta corriente las RRDGRN 18 junio 2001, 17 septiembre 2001, 11 enero 2011. Esta última afirma lo siguiente: «La distinción es clara y ha sido puesta de manifiesto por este Centro Directivo subrayando que en el caso del préstamo hipotecario éste se ha de adecuar al régimen que para el contrato de préstamo regulan los artículos 1.753 a 1.757 del Código Civil (LEG 1889, 27) y 311 y siguientes del Código de Comercio (LEG 1885, 21), de naturaleza real en cuanto se perfeccionan con la entrega de la suma prestada, y unilaterales por cuanto de ellos tan sólo surgen obligaciones para el prestatario. Ambas notas caracterizadoras del préstamo mutuo (real y unilateral) han sido destacadas igualmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. Sentencia de 7 de abril de 2004 [RJ 2005, 3845]).

Frente al préstamo, la apertura de crédito es una operación, ordinariamente bancaria y esencialmente crediticia, por la que el banco se obliga, dentro del límite y por el tiempo pactado, a poner a disposición del cliente –acreditado– y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo, a cambio de la obligación de éste de reintegrarlas en la fecha pactada, satisfaciendo los intereses y, en su caso, comisiones convenidas. Se configure la apertura del crédito de forma simple o se le añada el convenio expreso de instrumentalizarla en cuenta corriente –como sucede en el presente caso–, no cabe hablar en ella de una relación jurídica unilateral en la que se contrapongan la posición acreedora de una de las partes frente a la deudora de la otra, ya que en ella existen derechos y obligaciones por parte de ambas. De este modo el concedente, si bien tendrá derecho a los reintegros, intereses y comisiones que procedan, o al saldo de liquidación en su día, tiene la obligación de mantener la disponibilidad en los términos convenidos, disponibilidad de la que seguirá gozando el acreditado como un derecho pese a que surjan a su costa las obligaciones correlativas a los derechos del concedente (cfr. Resolución de 18 de junio de 2001 [RJ 2002, 7716]).

²⁸ Véase la RDGN 18 junio 2001: Después de diferenciar claramente el préstamo de la apertura de crédito en cuenta corriente, mantiene: «frente a estas figuras (préstamo y

tiembre de 2001, aunque para supuestos de hechos distintos, se planteaba también el problema de si eran asimilables o no a un préstamo y por tanto, se podía extender a los mismos lo dispuesto en la LSMPH. En la de 27 de septiembre de 2001, se trataba de un crédito en cuenta corriente, pero pasado un plazo de tres años, desaparecía la disponibilidad propia del crédito, y se concretaba y determinaba el importe que se había de devolver (correspondiente a la suma de las cantidades dispuestas hasta ese momento), y a partir de entonces se seguirá un régimen de amortización periódico y con devengo de intereses igual o similar a lo que ocurre en un préstamo. La DGRN no entra a decidir sobre este asunto desaprovechando una buena oportunidad para afianzar el camino iniciado en la RDGRN 18 de junio de 2001. En la RDGRN 17 de julio, el Centro Directivo rechazó la asimilación a un préstamo del crédito en cuenta corriente, sin que hubiera novación de las distintas obligaciones en una nueva y única, y por tanto, negó la aplicación de la LSMPH 2/1994.

Más recientemente, la RDGRN 29 de febrero de 2008, ya aprobada la Ley 41/2007, se muestra también proclive a la interpretación amplia de dicha ley, equiparando préstamos y créditos hipotecarios, porque en su Exposición de Motivos se declara la intención de «alcanzar la neutralidad en el tratamiento regulatorio de los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios»; aunque, y como también apunta Azofra²⁹, está pensando únicamente en los supuestos de compensación por amortización anticipada previstos en la Ley, y no en el resto de modificaciones introducidas por la Ley 41/2007, ni mucho menos, en las modificaciones de la Ley 2/1994.

apertura de crédito), tipificadas por el legislador y los usos bancarios, las técnicas financieras han alumbrado, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, otras modalidades de contrato de préstamo que partiendo de cada una de aquellas confluyen en la práctica en situaciones similares... Y junto a ellas, está la modalidad de apertura de crédito en que se condiciona la disponibilidad no sólo para ciertos fines y en porcentajes determinados sobre el total crédito concedido, sino que se fija un plazo transcurrido el cual desaparece aquella, concretándose el importe debido en las sumas de que se haya dispuesto hasta entonces que se ha de devolver a partir de ese momento siguiendo el régimen de amortización periódico y con devengo de intereses en términos coincidentes con los préstamos sujetos a amortización por cuotas. La proximidad de ambas figuras es evidente en cuanto participan de la misma causa negocial y sus efectos, una vez que se ha recibido el préstamo o ha dispuesto del crédito, son perfectamente asimilables. Si en un momento inicial, en tanto la entrega no ha tenido lugar o está abierta la disponibilidad, existe una relación jurídica compleja, una vez culminada aquella o se cierra la facultad de disponerse transforma en una relación idéntica a la del préstamo ordinario, con un acreedor exento ya de obligaciones que a partir de entonces recaen sobre el deudor. Y si la relación jurídica entre las partes sufre esa transformación, necesariamente ha de repercutir en la hipoteca que garantiza el crédito, que de ser una hipoteca de seguridad en garantía de una obligación futura o condicional y hasta un máximo de responsabilidad, pasará a ser una hipoteca ordinaria o de tráfico en garantía de una obligación ya existente y de cuantía determinada. Llegado ese momento... ha de llevar a la conclusión de que cabe su aplicación (de la Ley 2/1994) a esas situaciones que han devenido perfectamente equiparables a un préstamo hipotecario».

²⁹ AZOFRA, F.: «La hipoteca recargable: Realidad o mito», *ob. cit.*, p. 4.

Sin embargo, y paralelamente la Dirección General de Tributos, en la consulta vinculante de 19 de junio de 2008, afirmó que debía interpretarse restrictivamente los supuestos de aplicación de la Ley 2/1994, y por lo tanto, solo a los préstamos hipotecarios, limitando de este modo los beneficios fiscales que dicha Ley atribuye. Supone una contradicción con la interpretación que hace la DGRN, y como afirma Ventoso Escribano³⁰, no deja de ser sorprendente que la DGRN «habilite una subrogación que tiene beneficios fiscales cuando estos no son concedidos por parte de la Administración tributaria».

Por otra parte, tradicionalmente, la doctrina³¹ ha venido considerando que la subrogación prevista en esta Ley solo puede aplicarse cuando se trate de un préstamo hipotecario (en sentido estricto) y no cuando se trate de otras figuras contractuales propias de la práctica bancaria que tienen, asimismo, por finalidad la financiación, como pueden ser créditos, avales, etc.

Sin embargo, esta tesis restrictiva también ha tenido sus detractores y ha sido criticada por otra parte de la doctrina que entiende que es absurdo constreñir la aplicación de esta Ley solo a los préstamos en sentido estricto, y que no hay problema en entender que también puede producirse la subrogación prevista en apertura de créditos, cuenta corriente de crédito, etc.³²; pues de la propia *ratio*

³⁰ VENTOSO ESCRIBANO, A.: «Subrogación hipotecaria» en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, CER, Madrid, 2009, p. 262.

³¹ Véase, entre otros: GARCÍA MAS, F.J.: «Comentarios a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 624, septiembre-octubre 1994, p. 1950.; LOPEZ LIZ, J.: *Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Análisis práctico de la Ley 2/1994 de 30 marzo)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 91-94; FERNÁNDEZ LOZANO, J.L.: «Breves notas sobre la Ley 41/2007 por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria», en www.notariosyregistradores.org, pp. 1-10; LLOPIS GINER, J.M.: «Las modificaciones del crédito hipotecario: las innovaciones de la Ley 41/2007 respecto de la subrogación», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 152, pp. 2710-2734.

³² Véase NIETO CAROL, U.: «Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *Instituciones del mercado financiero*, vol. 2 (MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. Y ALONSO UREBA, A., coords.), Sopec, 1999, pp. 615-656; VATTIER FUENZALIDA, C.: «La subrogación y la modificación de los préstamos hipotecarios, según la ley 2/1994, de 30 de marzo», en *Actualidad Civil*, núm. 31, 1994, p. 606; RUIZ-RICO RUIZ, J.M. Y UREÑA MARTÍNEZ, M.: «Aspectos civiles de la Ley 2 /1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *Actualidad Civil*, núm. 38, octubre, 1994, pp. 786-790; HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J.M.: «Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 622, mayo-junio, 1994, pp. 1216-1221. Más recientemente, defienden la aplicación de la LSMPH a los créditos hipotecarios: SERRANO, J.R.: «Reflexiones sobre las modificaciones en materia de subrogaciones de préstamos», disponible en www.notariosyregistradores.com, 18 enero 2008, pp. 1-9; DÍAZ FRAILE, J.M.: «La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria», en *Diario La Ley*, núm. 6727, año XXVIII, 4 junio 2007, pp. 4 y 7; SEDA HERMOSÍN, M.A.: «El procedimiento de subrogación hipotecaria» en *Hacia un nuevo Derecho hipotecario. Estudios sobre la*

de la Ley, parece deducirse que es posible, ya que lo que se pretende con la misma es favorecer al deudor, cualquiera que sea el contrato causa de su deuda.

Sobre lo que no cabe discusión es que no puede extenderse el ámbito objetivo de la Ley y de la subrogación y modificación a otras obligaciones derivadas de negocios jurídicos diferentes al crédito o préstamo; es decir, no cabría, y a diferencia de la flotante, garantizar distintas obligaciones derivadas de líneas de descuento, renting, factoring, derivados, etc. Creemos que no es posible extenderlo a todas aquellas operaciones que en ningún caso puedan asimilarse al préstamo, en cuanto no tienen una identidad de razón con aquel, una *ratio* común o similar que los equipare, ya que no suponen, en caso alguno, una única obligación unilateral sin posibilidad de disposiciones parciales.

Sin embargo, creo, como parte de la doctrina y de la jurisprudencia citadas, que no hay problema para considerar como préstamo hipotecario –al menos en un sentido amplísimo– a esas figuras o situaciones contractuales que son asimilables al mismo en su devenir por transformarse en una sola y única relación jurídica unilateral = la obligación del prestatario de devolver lo mismo que se le prestó. Y considero que estas sí entran dentro del ámbito objetivo de la Ley 2/1994, y que por lo tanto pueden ser objeto de subrogación y novación con las ventajas que dicha ley les atribuye. Podríamos decir, como afirma Ventoso Escribano³³, que se podría admitir «la posibilidad de subrogación cuando se produce el cierre de la cuenta», siendo más dudoso en aquellos créditos en cuenta corriente en los que tal cierre no se lleva a cabo.

No obstante, esta tesis no es del todo sólida y deja a la interpretación muchos de los supuestos que se puedan plantear, generando, entonces, cierta inseguridad jurídica. Hubiera sido mucho más fácil que el legislador aprovechando la reforma de la Ley 41/2007 hubiera modificado el objeto de la Ley 2/1994 de Subrogación y Modificación de préstamos hipotecarios, ampliándolo también a los créditos. Por lo tanto, ante el dudoso panorama que se expone, partiremos de la aplicación estricta de la ley, desde luego, y admitiremos cierta interpretación extensiva de su objeto, siempre en favor de obliga-

Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario (PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., coord.), Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, pp. 268-269. De manera dudosa, parece inclinarse por esta solución, no sin manifestar sus reparos, también AZOFRA, F.: «La hipoteca recargable: Realidad o mito», *ob. cit.*, pp. 3-5; y VENTOSO ESCRIBANO, A.: «Subrogación hipotecaria», *ob. cit.*, pp. 261-263, que plantea la cuestión como discutible aunque parece inclinarse en ciertos supuestos por la ampliación, sin dejar de remarcar el carácter meramente fiscal de la cuestión.

³³ VENTOSO ESCRIBANO, A.: «Subrogación hipotecaria», *ob. cit.*, p. 262.

ciones asimilables a los préstamos hipotecarios, si bien con dudas y con reparos.

Sin embargo, en las hipotecas flotantes, las obligaciones que se garantizan son una pluralidad de obligaciones, presentes y/o futuras, sin nexo causal entre ellas, sin novación de las mismas en una única final resultante. Es decir, obligaciones indeterminadas *a priori* aunque, eso sí, determinables porque, aunque sean desconocidas, en su constitución debe determinarse los actos jurídicos básicos de los que van a derivar esas obligaciones garantizadas. Nada que ver, por tanto, con el concreto, determinado y único objeto de garantía de las hipotecas recargables.

La descripción de esos actos jurídicos básicos basta que sea muy amplia, pues, como afirma Carrasco³⁴, «cuanto más amplia sea la descripción de los actos pretendidos, menor será la indeterminabilidad de la cobertura», pues así se desprende del propio artículo 1273 CC, que exige que el contenido de las obligaciones quede determinado de forma que no sea necesario concretarlo a través de un nuevo convenio ente las partes. Eso sí, y como añade Montánchez³⁵, esto último debe ponerse en relación con el artículo 1256 CC que impide que la validez y el cumplimiento de los contratos quede al arbitrio de una sola de las partes, por lo que entendemos que esa indeterminación tampoco puede suponer un nuevo acto de manifestación de voluntad de uno de ellos.

Pero, en cualquier caso, y respetado esto, no hay limitación alguna sobre cuáles sean esos actos jurídicos básicos pudiendo, por tanto, las obligaciones derivar de cualquier negocio jurídico propio de la actividad bancaria: préstamos, créditos, líneas de descuento, avales, productos derivados, factoring, renting, etc.; aunque será necesario determinar esos actos, relaciones o incluso hechos, sin que quepa utilizar expresiones del tipo «los negocios propios de la actividad bancaria». Todas y cada una de las obligaciones así aseguradas conservan su individualidad propia al no instrumentalizarse a través de una cuenta corriente, y ya no es necesario ni siquiera establecer un pacto novatorio por las partes.

Es decir, los rasgos básicos de las obligaciones garantizadas con este tipo de hipoteca son:

a) Pluralidad de obligaciones. Presentes y/o futuras.

³⁴ CARRASCO PERERA, A. Y CORDERO LOBATO, E.: «El doble filo de la hipoteca global: caveat creditor!», en *Diario La Ley*, n.º 6988, 14 de julio 2008, año XXIX, pp. 1-7.

³⁵ MONTÁNCHEZ RAMOS, M.: «Especial referencia en la hipoteca flotante», *ob.cit.*, p. 48.

b) Independencia e individualidad de esas obligaciones hasta el final, hasta la ejecución ya que:

- i. no están unidas por una relación o nexo causal,
- ii. y no revierten a través de la novación en una sola y única nueva obligación que las unifique.

c) No están perfectamente determinadas: basta con indicar la «descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en un futuro» (art. 153 bis LH).

En consecuencia, la amplitud objetiva de estas hipotecas es enorme, pues cabe asegurar con ellas cualquier crédito, varios créditos, futuros, no determinados, independientes, o los que las partes tuvieran a bien considerar; amplio e indeterminado objeto que contrasta claramente con el ámbito objetivo de las hipotecas recargables, que siempre aseguran una única obligación ya nacida como es la de devolver la cantidad prestada.

II.3.3 Requisitos temporales

En este apartado debemos abordar tres cuestiones distintas: a) Si existe o debe existir un plazo máximo para las hipotecas recargables, b) si existe un plazo determinado para realizar la recarga y c) el derivado de la Disposición Transitoria única, es decir, a partir de cuándo debe admitirse la posibilidad de la recarga.

a) A diferencia de las hipotecas flotantes, y en general de las de máximo, para la hipoteca recargable –hipoteca ordinaria o de tráfico– no se establece ningún plazo máximo de duración de la hipoteca y su recarga, limitándose a corresponderle el plazo de duración del préstamo que garantiza. Y, aunque nada dice la Ley al respecto, no parecería descabellado que se hubiera establecido un plazo para este tipo de hipotecas, similar a lo que ocurre en Francia, donde la duración máxima de las mismas es de 50 años, para evitar indefinidos aumentos del plazo de préstamo, y dotar de mayor seguridad jurídica a los acreedores posteriores. Sin embargo, creemos que a lo mejor no se hizo y no era necesario porque si consideramos que la alteración del plazo del préstamo unida a la ampliación del principal no es un supuesto de hipoteca recargable en sentido estricto, ya que supone una alteración y pérdida de rango, se está limitando *per se*, por su propia naturaleza, la duración de la hipoteca, ya que al suponer una alteración de rango, la parte ampliada con plazo ampliado vendría garantizada con un nuevo tramo hipotecario de rango pospuesto al anterior y a los ter-

ceros intermedios, impidiendo los perjuicios que una obligación «eterna» garantizada con una hipoteca también «eterna» pueda suponer para esos acreedores posteriores, que ya serían anteriores respecto del tramo ampliado. Si se optara por la tesis contraria y, en consecuencia, el incremento de plazo junto con la ampliación de capital no fuera una causa de pérdida de rango, sería entonces más necesario establecer un plazo máximo de duración de la hipoteca pues, sino, las sucesivas amortizaciones parciales y recargas del préstamo con una correspondiente ampliación del plazo en cada ocasión, sin que se alterara la responsabilidad hipotecaria, conducirían a una eterna relación hipotecaria, asimilable a la hipoteca de propietario, donde el acreedor lo que consigue es una reserva de rango.

En definitiva, la consideración de que la alteración del plazo unida a una ampliación de capital hace perder rango registral (y por tanto no es recargable propiamente dicha) palía o pone límites a la consideración –por parte de algunos autores– de que la hipoteca recargable se asemeja a una hipoteca de propietario con un encadenamiento perpetuo del deudor³⁶.

b) No existe tampoco señalado plazo para realizar la recarga, pero entendemos que este debe ser el propio plazo del préstamo asegurado, pues durante su vida es cuando podemos ampliar el principal, coincidiendo con lo que se acaba de exponer. Consideramos que la ampliación de principal debe hacerse antes del vencimiento del préstamo, pues llegado ese momento se produciría un incumplimiento y habría que realizar la hipoteca, sin posibilidad, entonces, de recarga alguna. No podemos olvidar que, según lo que defendemos desde estas líneas, una ampliación de préstamo, más una ampliación de plazo del mismo, no haría una eterna recarga, pues esa posibilidad impide la existencia de una hipoteca recargable, y conlleva la alteración de rango para la parte ampliada.

c) La disposición transitoria única, en el párrafo 3.º, establece la irretroactividad de esta nueva figura impidiendo que las hipotecas ya constituidas antes de la Ley 41/2007 pudieran «refinanciarse» manteniendo el rango original, mientras que las que se constituyan a partir de entonces sí pueden hacerlo, aplicándose lo

³⁶ Véase en este sentido: OLIVA BRAÑAS, P.: «La ampliación del capital del préstamo según la hipoteca sea anterior o posterior a la Ley 41/2007: la recarga», *ob. cit.*, p. 162; SIEIRA GIL, J.: «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», en *Jornadas sobre la Hipoteca ante la crisis económica*, CER, Madrid, 2009, pp. 202-205. En contra, y considerando en todo caso que sería bueno señalar un plazo máximo para la recarga en estas hipotecas, pues considera que la alteración del plazo junto con el aumento de capital, sin modificación de la responsabilidad, no supone una alteración del rango (por tanto es hipoteca recargable), se encuentra AZOFRA, F.: «La hipoteca recargable: realidad o mito», *ob. cit.*, p. 9.

previsto en el artículo 4 LSMPH, aunque no se haya previsto expresamente en su escritura de constitución. No se puede, por tanto, intentar «recargar» una hipoteca ya constituida con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, por el perjuicio que podría suponer para los terceros posteriores que desconocían tal posibilidad.

Por el contrario, el plazo es esencial en las hipotecas flotantes. Señala la propia ley que debe establecerse el plazo máximo de duración de estas hipotecas. Es lógico que así sea, pues como la indeterminación de las obligaciones hipotecarias es grande y cada obligación asegurada tiene un plazo diferente muchas veces desconocido, el deudor quedaría sometido «de por vida» con el acreedor flotante. Por otra parte, su propia naturaleza de hipoteca de seguridad exige el requisito temporal.

Se duda por la doctrina si el plazo de estas hipotecas es un plazo de caducidad o de prescripción inclinándose la gran parte de los autores por considerarlo como un plazo de caducidad, transcurrido el cual, puede el Registrador cancelar de oficio la hipoteca inscrita en virtud del artículo 82.2 LH. Según Carrasco Perera³⁷ el plazo es de duración del asiento, y corresponde a las partes establecer ese plazo de duración máximo, transcurrido el cual deberá cancelarse por automáticamente por el registrador, sin necesidad de consentimiento del acreedor.

II.3.4 Requisitos formales

De nuevo son dos las cuestiones que hay que analizar en los requisitos formales de las hipotecas recargables: a) La expresa mención al carácter recargable de la hipoteca en su constitución y b) la inscripción de la recarga en el Registro.

a) Como ya hemos dicho, a partir de la entrada en vigor de la Ley 41/2007, todas las hipotecas que se constituyan en garantía de préstamos bancarios son recargables, sin necesidad de que tal carácter o posibilidad se pacte expresamente en la escritura. Probablemente, hubiera sido mejor, al igual que ocurre en Francia, que se hubiera establecido la necesidad de establecer la posibilidad de recarga de la hipoteca desde el inicio, pues esto garantizaría el conocimiento por parte de los terceros que quisieran contratar respecto de esa finca. La seguridad jurídica habría sido mayor. Como entiende Luis Rojas³⁸, si se pacta expresamente en la escritura, y todas las

³⁷ CARRASCO PERERA, A. Y CORDERO LOBATO, E.: «El doble filo de la hipoteca global: caveat creditor!», *ob. cit.*, p. 4.

³⁸ ROJAS MARTÍNEZ DE MÁRMOL, L.: «La novación de préstamos hipotecarios. La hipoteca recargable», en *Hacia un nuevo derecho hipotecario: Estudios sobre la*

partes consiente expresamente tal posibilidad de recarga (en definitiva de nuevas obligaciones futuras garantizadas con la misma hipoteca), se cumpliría con el requisito que establece el artículo 142 LH para las hipotecas en garantía de obligaciones futuras, de que se expresen las líneas básicas de las obligaciones aseguradas, contribuyendo de este modo a salvaguardar el principio de especialidad, y en definitiva la seguridad jurídica.

Nada impide, en cualquier caso, que se pacte expresamente su no recarga, evitando así los problemas de inseguridad jurídica referidos.

b) El artículo 4.3 LSMPH establece que la novación modificativa de la hipoteca previamente inscrita, suponga o no pérdida de rango, deberá hacerse constar en el Registro «mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa». La constancia registral de esta novación es imperativa. Valero y García García³⁹ defienden que la novación modificativa se hará constar en el mismo asiento de inscripción de la hipoteca (art. 144 LH), y que en la nota marginal se expresará la referencia de tal novación. Llega al Registro a través de una nota marginal de modificación jurídica, pues recoge la posibilidad de ampliación del préstamo hipotecario con modificación de la responsabilidad hipotecaria o no, pero con la suficiente importancia para que quede constancia de la misma en el Registro, a efectos de su publicidad a terceros interesados.

La constancia en el registro a través de una nota marginal de la novación producida, diferente de la simple modificación de cualquier obligación que llega al registro en virtud del 144 LH, es argumento para defender, como hemos hecho en estas líneas, que en el artículo 4 LSMPH, no se habla solo de una novación modificativa, sino que en el mismo se está admitiendo la posibilidad de «recarga» como algo distinto de una simple novación.

El último inciso del artículo 4.3 LSMPH impide practicar la nota de novación modificativa cuando «conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores». Entiende Oliva Brañas⁴⁰, recogiendo la tesis de Valero y García García, que esta limitación debe ponerse en consonancia con el artículo 657 LEC, que exige la constancia

Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario (PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., coord.), Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, pp. 289-306.

³⁹ VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A.: «La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada Hipoteca recargable», *ob. cit.*, p. 1787; GARCÍA GARCÍA, J.M.: *Código de la Legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, 6.ª edición, Ed. Thomson, 2009.

⁴⁰ OLIVA BRAÑAS, P.: «La ampliación del capital del préstamo según la hipoteca sea anterior o posterior a la Ley 41/2007: la recarga», *ob. cit.*, pp. 163-164.

registral a través de nota marginal del mandamiento judicial de indicación de la cantidad pendiente por ejecución de cargas posteriores a la modificada. Es decir, no podrá constar la recarga (ampliación de principal) cuando se haya iniciado ejecución de cargas posteriores, puesto que esa ampliación puede perjudicar a esos terceros posteriores. Igualmente, parece que tampoco podría extenderse la nota de novación modificativa cuando conste en el Registro la nota de emisión de certificación de dominio y cargas de ejecución de la propia hipoteca ampliada.

En cuanto a los requisitos formales de la hipoteca flotante, diremos a) que la hipoteca se inscribe a través de su correspondiente y propio asiento de inscripción, en el que debe constar lo que establece el artículo 153 bis LH, y b) y, en concreto, es necesario que conste en el propio asiento registral la forma de cálculo del saldo final resultante consecuencia de la liquidación. Aunque las obligaciones mantienen su individualidad hasta el momento de la ejecución, sí que es necesario que llegada esta se calcule el saldo final por el que sale la finca a ejecución.

La ley no dice cómo debe realizarse esta liquidación final, ni acreditarse el saldo resultante, pero concede libertad de pacto entre las partes, atribuyendo al acreedor la facultad de liquidación⁴¹. En consecuencia, en la mayoría de las ocasiones quedará al arbitrio del acreedor esta determinación, al igual que la elección de la obligación asegurada cuya realización se va a llevar a cabo, y no se exige forma alguna concreta para ello.

III. LOS PRINCIPIOS DE ACCESORIEDAD Y ESPECIALIDAD EN LAS HIPOTECAS RECARGABLES –Y EN LAS FLOTANTES–

Las grandes críticas a la hipoteca recargable y el rechazo a su admisión, tanto por parte de la doctrina como por parte de la jurisprudencia, han venido del hecho de que con las mismas se entienden vulnerados o alterados los principios hipotecarios de accesoria y especialidad registrales.

Defendemos desde estas líneas que la admisión de este tipo de hipoteca no vulnera dichos principios, pero sí ha sido necesario redefinir su propio ámbito y concepto, puesto que ya no pueden entenderse como antes. En ese sentido, sí podemos hablar de cierta

⁴¹ Artículo 153 bis LH, penúltimo párrafo: «Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura».

flexibilización de los mismos que, a nuestro entender, es más bien una redefinición.

No es momento ahora de desarrollar la tesis de la necesaria redefinición de estos principios⁴², pero sí conviene señalar brevemente qué significan en la actualidad la accesoriedad y la especialidad.

III.1 PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD

Tradicionalmente se ha considerado que la accesoriedad de la hipoteca respecto a la obligación que garantiza implica que la constitución, transmisión o pervivencia de la hipoteca se hace inviable sin la existencia del crédito cuyo cumplimiento asegura.

Sin embargo, podemos decir que en la actualidad ya no se puede considerar a la accesoriedad como un dogma absoluto. Dicho principio tiene numerosas excepciones, aceptadas por todos y que no rompen el sistema, en las que la hipoteca se separa e independiza de la obligación que garantiza.

Ejemplos de esta separación entre crédito e hipoteca son, por ejemplo, la existencia de hipotecas en garantía de obligaciones futuras o condicionales, la hipoteca de responsabilidad limitada y las hipotecas unilaterales. Por otra parte, la autonomía del crédito hipotecario se pone de manifiesto en que atribuye una facultad ejercitable *erga omnes* frente a cualquier poseedor del inmueble, atribuye preferencia en el cobro, y dota a su titular de un poder inmediato sobre la cosa. También quiebra la accesoriedad por la propia indivisibilidad de la hipoteca, pues extinguido parcialmente el crédito, la hipoteca permanece íntegra. Igualmente, la especial cancelación de la inscripción del crédito hipotecario que requiere un negocio jurídico cancelatorio del acreedor hipotecario en vez de hacerse de forma automática al extinguirse el crédito, como sería lo normal por razones de accesoriedad. Todos ellos son fisuras del principio de accesoriedad admitidas en nuestro ordenamiento, lo que demuestra que dicho principio no puede elevarse a la categoría de dogma. Luego, tampoco podemos rechazar las hipotecas flotantes o recargables por no encajar en el estrecho principio de accesoriedad; otras figuras tampoco, y sin embargo se admiten.

No se puede olvidar que la accesoriedad que une la hipoteca con la obligación es funcional, pues están unidas para cumplir la función propia de la hipoteca que es el aseguramiento de una obligación

⁴² Véase sobre este extremo, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «Hacia la admisión de las hipotecas flotantes», en *RCDI*, n.º 701, 2007, pp. 1340-1345.

determinada, su garantía. Si ese nexo existe, hay accesoriedad; consideramos que no puede entenderse este principio de otra forma y esta es la redefinición que debe hacerse de este tradicional principio.

En concreto y en relación a las hipotecas recargables, creemos que el principio de accesoriedad, aun en su definición más tradicional, se cumple y se manifiesta de forma bastante clara, más, por ejemplo que en otras figuras de hipotecas especiales como son las flotantes. De este modo, la accesoriedad en las hipotecas recargables —que son ordinarias— se demuestra en que solo nacen con la obligación asegurada, pues inicialmente se constituye una hipoteca ordinaria en garantía del préstamo ya nacido, siendo una y existente la obligación que hay que asegurar; necesitan por tanto la existencia de una obligación que asegurar, previa y definida. Además, la hipoteca recargable se extingue con la propia obligación, ya que la extinción de la obligación garantizada por pago —o cualquier otra causa— antes de la recarga extingue definitivamente la posibilidad de ampliación del préstamo, pues al extinguirse la obligación, se extingue la hipoteca, y por tanto, esa nueva «ampliación» sería una nueva obligación que debería asegurarse con una nueva hipoteca. La extinción de la obligación extingue la posibilidad de la recarga propiamente dicha. De igual forma, para la ejecución de esta hipoteca recargable debería justificarse con anterioridad la existencia de la obligación garantizada, lo que demuestra a su estrecha vinculación de accesoriedad.

Podemos pensar que la hipoteca recargable, inicialmente ordinaria, tras las sucesivas recargas se «convirtiera» en hipoteca de seguridad en garantía de obligaciones futuras, de cuantía indeterminada, pues se puede «recargar» o ampliar el préstamo sucesivas veces por diferentes importes, lo que separaría la hipoteca de una concreta y determinada obligación ya existente. En estos casos, nos encontraríamos ante un supuesto similar a las hipotecas en garantía de obligaciones futuras, donde indudablemente el principio de accesoriedad quiebra, pero que es comúnmente admitido. Esta posibilidad ya ha sido rechazada antes, pues la hipoteca recargable no es nunca una hipoteca de seguridad, al existir desde su inicio una sola obligación garantizada, pero aunque así se defendiera, creemos que, incluso, y a semejanza de algunas hipotecas de seguridad como las flotantes, bastaría determinar las relaciones jurídicas básicas de las que surgirán esas «obligaciones», y esa relación jurídica básica, al tratarse las recargas de una novación modificativa, siempre estará determinada, pues la relación jurídica básica es el préstamo ya establecido inicialmente, del que deriva una única obligación que cambia. La accesoriedad se cumple.

Ahondando en la comparativa entre hipotecas recargables y flotantes, y respecto a estas últimas, hay que decir que, en ellas, parece que el principio de accesoriedad es más frágil o se vulnera más que con respecto a las recargables. Sin embargo, si concretamos bien el contenido de este principio, podemos subsanar esa inicial divergencia. Como dice Pau Pedrón⁴³, la accesoriedad entre el derecho real y la obligación no exige que la relación entre ellos corresponda al axioma: una obligación-una hipoteca, porque la misma relación que puede implicar la accesoriedad puede darse entre tres obligaciones y una hipoteca; es decir, no es el número, sino la relación, lo que determinaría esa accesoriedad y dependencia entre la obligación y la hipoteca. Además y en todo caso, consideramos que para la admisión de las hipotecas flotantes será requisito indispensable la mayor determinación posible de esas obligaciones garantizadas, como vestigio de la accesoriedad si se quiere, pero, a nuestro entender, como reafirmación del principio de causalidad, separándonos, de este modo, nítidamente, de una hipoteca independiente y abstracta. No creo que debiéramos admitir una hipoteca flotante en la que la indeterminación de las obligaciones fuera total. Eso, desde mi punto de vista, sí quebraría esa accesoriedad funcional -que yo defiendo-, pues es claro que la hipoteca no es tal sino garantiza obligaciones, sino cumple con su función de aseguramiento. Las obligaciones deben ser determinables, al menos en sus líneas básicas, o a través de la fijación de criterios que lo hagan, y lo que me parece fundamental es que exista esa relación unitaria y causal con la hipoteca. Esto ya lo exige el artículo 153 bis LH, cuando afirma que será necesario que se haga constar en la escritura «la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas». Determinados esos actos jurídicos básicos, se está estableciendo, a mi juicio de forma suficiente, la determinabilidad de las obligaciones que se van a asegurar con hipoteca. De este modo, la función de garantía queda definida, y las exigencias de la accesoriedad funcional que las une, cumplida.

III.2 ESPECIALIDAD

Podemos describir el principio de especialidad registral como el principio que exige la absoluta determinación o especificación

⁴³ En conversaciones mantenidas con él, en el Seminario de Derecho Inmobiliario Registral de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, tras la ponencia «Las llamadas hipotecas flotantes», en enero 2007, que estuvo a cargo de María Goñi Rodríguez de Almeida.

de los distintos elementos de la relación jurídico registral⁴⁴. El principio de especialidad, que para la hipoteca recibe el nombre de determinación, se puede describir con relación a este derecho como la necesidad de individualizar o determinar los elementos integrantes de ese crédito hipotecario: la finca o derecho sobre el que recae, la obligación que garantiza, los sujetos intervinientes, y, como no, la responsabilidad hipotecaria (o importe asegurado con la hipoteca, del que responde la finca con independencia de la obligación).

Pues bien, hay que redefinir el ámbito de este principio, y creemos que este debe reducirse de forma que solo será necesario concretar en el Registro todo aquello que deba ser oponible *erga omnes*, y solo aquello (situación jurídico-registral) debe quedar perfectamente determinado, concretado o especificado; quedando fuera del mismo el resto de circunstancias, datos, hechos o expresiones que, formando parte de la inscripción, del asiento, no deban ser oponibles frente a terceros.

Por tanto, no es necesario, para cumplir con este principio, la perfecta determinación de circunstancias que aun constanding en el asiento de inscripción no se vean reflejadas en el acta de inscripción, que es lo verdaderamente oponible. Y en el caso del crédito hipotecario, no olvidemos que lo que debe oponerse es, precisamente, el derecho real.

Por eso, entendemos que, si el derecho real de hipoteca queda perfectamente determinado fundamentalmente en cuanto a la responsabilidad hipotecaria, y se facilita así la ejecución, determinando, eso sí, la cuantía y plazo de la obligación, se cumple con el principio de especialidad. Esto es así porque es la garantía real la que va a producir los efectos frente a terceros, y la que se necesita concretar perfectamente a efectos de ejecución; eso es lo verdaderamente relevante.

En cuanto a las hipotecas recargables, de nuevo, parece que el principio de especialidad se relaja, aunque en menor medida que en las flotantes. Sin embargo, cabría aplicar exactamente lo que ya se ha dicho: basta determinar aquello que es oponible a terceros para que se cumpla este principio. Por eso, es necesario hacer constar la responsabilidad hipotecaria, si esta se incrementa o altera, como bien dice el artículo 4 LSMPH, se hará constar igualmente en el registro, y traerá como consecuencia la pérdida de rango por la parte ampliada que no podrá perjudicar a terceros intermedios. De todo ello queda constancia en el Registro cumpliéndose el principio de especialidad. Pero, es más, aunque no se modificara la

⁴⁴ El nombre de principio de determinación, con relación a la hipoteca se debe a Berges, y ha sido aceptado por el resto de la doctrina hipotecaria.

responsabilidad hipotecaria, pero se ampliara préstamo, circunstancia en principio de carácter personal que no afecta a terceros, también de ello se deja constancia en el Registro a través de nota marginal concreta. Es decir, se supera incluso lo dispuesto con carácter general en el artículo 144 LH que ordena dejar constancia en el Registro de todas las modificaciones que puedan afectar a la obligación asegurada con hipoteca.

Por otra parte, y como ya hemos dicho, corroboran la existencia de los principios de especialidad y accesoriedad en la hipoteca recargable, aun en su versión tradicional, el hecho que hemos defendido en estas líneas de que no puede ampliarse plazo y préstamo sin pérdida de rango. Se trata de un límite a la hipoteca recargable para evitar que sea considerada como una hipoteca de propietario y mera reserva de rango. Pues lo contrario, si existiera hipoteca recargable propiamente dicha al aumentar el plazo + el capital, sí que se vulneraría el principio de especialidad, accesoriedad e indivisibilidad de la hipoteca, alterando el principio de prioridad, por cuanto el rango de los posteriores podría verse perjudicado⁴⁵. Por tanto el principio de especialidad, se cumple, con creces en estas hipotecas.

En las hipotecas flotantes, aunque de forma menos clara, tampoco quiebra el principio de especialidad. No creemos, como ya hemos dicho, que 1 obligación = 1 hipoteca sea tampoco un axioma irrefutable, como expresión de la determinación: si son varias las obligaciones garantizadas pero están determinadas, también se cumplen los dictámenes de dicho principio, pues lo realmente oponible es la hipoteca y ésta sí aparece perfectamente identificada (también en cuanto a su causa que es la obligación/es). Basta por tanto con quede determinada la responsabilidad hipotecaria frente a terceros y cualquier modificación de la misma, para dar cumplimiento a este principio.

Todo lo que acabamos de exponer es de aplicación a las hipotecas flotantes: en ellas debe determinarse, como exige el artículo 153 bis, «la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas», y además, el máximo de responsabilidad hipotecaria, y el plazo de duración de la hipoteca y la forma de cálculo del saldo final garantizado. Todo aquello que deba ser oponible a terceros queda perfectamente concretado en la inscripción de hipoteca, luego el principio de especialidad no resulta alterado.

⁴⁵ SIEIRA GIL, J.: «La ampliación del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», *ob. cit.*, pp. 204-205.

Después de estas consideraciones, creemos que tanto la hipoteca flotante como la hipoteca recargable respetan, o al menos no vulneran, los principios de especialidad y accesoriedad, así entendidos. Si bien, es posible que la flexibilización de los mismos se ponga de manifiesto con más contundencia respecto a la hipoteca flotante que respecto de la recargable, pues no se puede obviar que aquella ha sido considerada como el exponente máximo de su flexibilización.

IV. LAS HIPOTECAS RECARGABLES EN LA ACTUALIDAD: SU JUSTIFICACIÓN Y UTILIDAD. INSTRUMENTO DE REFINANCIACIÓN JUNTO CON LAS HIPOTECAS FLOTANTES

Como ya hemos dicho, estas hipotecas nacen a la luz de la Ley 41/2007, con la misma finalidad e intención de hacer frente a las necesidades de la flexibilización del mercado hipotecario que en ese momento exigía productos más acordes a los negocios bancarios, en pleno rendimiento y auge. Las mismas razones justificaron el reconocimiento de las hipotecas flotantes, siendo en este punto, en su justificación o finalidad donde ambas hipotecas coinciden. Por eso, vamos a analizar ambos tipos de hipotecas con respecto a su justificación y finalidad actual.

Hoy en día, la situación económica ha cambiado de forma radical. La crisis económica parte de una crisis financiera que repercute en el mercado hipotecario.

Los devastadores efectos de la crisis son conocidos por todos: crisis inmobiliaria, descenso del valor de los inmuebles, en consecuencia disminución de las garantías hipotecarias basadas en los mismos, que conducen a una disminución del crédito territorial, pues el acreedor no ve asegurado el cobro de sus créditos y disminuye la colocación de los capitales, lo que induce a una retracción en la económica real, y en consecuencia a unos menores ingresos de los deudores hipotecarios, que se colocan en una situación de sobreendeudamiento.

En este terrible panorama ¿Qué papel juegan estas hipotecas que nacieron como consecuencia de la bonanza económica y del crecimiento sin límite del crédito territorial? ¿Tienen hoy sentido? ¿Sirven para la nueva situación?

Sin lugar a dudas, sí. Las hipotecas flotantes y recargables que surgieron como instrumentos para facilitar el aumento del crédito territorial, hoy son instrumentos claves en la refinanciación del deudor que, agobiado por sus deudas, busca una salida, una nueva fuente de financiación con la que hacer frente a sus obligaciones anteriores.

La hipoteca recargable, por su propia esencia y como ya hemos dicho, supone la posibilidad de ampliar el capital prestado, con una nueva inyección pecuniaria, manteniendo el rango de la hipoteca inicial. Sin lugar a dudas, su función es claramente refinanciadora. Por otra parte, la hipoteca flotante permite garantizar con la hipoteca inicialmente constituida nuevas y distintas obligaciones (nuevos aportes pecuniarios), lo que, en definitiva, y al igual que la recargable, supone una refinanciación del deudor, que acuerda con su acreedor un nuevo ingreso que le facilite hacer frente a sus deudas anteriores.

Este tipo de hipotecas que permiten la refinanciación de los deudores, difícilmente podrían calificarse como hipotecas rescindibles en una situación de concurso por parte del deudor, porque no encajan en el supuesto del art. 71.3 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, de presunción del perjuicio patrimonial, ya que no se trata de la constitución de nuevas garantías, pues la hipoteca ya existía antes de su recarga, o antes de que una nueva obligación prevista quede protegida bajo el «paraguas de la flotante». Luego, en estos casos, creo que se podría dar solución a una posible refinanciación del deudor sin que sea posible su rescisión en virtud del artículo 71 LC, incluso antes de lo aprobado por la Ley de reforma Concursal de 2011, donde el panorama resulta mucho más claro y favorece los acuerdos de refinanciación, como explicamos a continuación.

En efecto, a ambos tipos de hipotecas de clara vocación refinanciadora se les puede aplicar lo contemplado en el nuevo artículo 71.6 Ley concursal, redactado en virtud de la reciente Ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma concursal, que deja fuera del alcance de las acciones de reintegración a la masa, los acuerdos de refinanciación, cambiando lo dispuesto hasta entonces por la propia Ley Concursal, y que tantos perjuicios causaba⁴⁶.

En efecto, con el nuevo artículo 71.6 Ley Concursal, se potencian los escudos protectores para los acuerdos de refinanciación, tanto generales como particulares. Según establece dicho artículo 71.6: «No podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, cuando en virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respon-

⁴⁶ En este sentido, sobre las dificultades que generaba el hecho de que los acuerdos de refinanciación quedasen sin «escudos protectores» y sometidos a las acciones de reintegración a la masa, PULGAR EZQUERRA, J.: «Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias», en *Diario La Ley*, n.º 7097, 21 enero 2009, pp. 1-8.

dan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo y que con anterioridad a la declaración del concurso». Es decir, los acuerdos de refinanciación a los que llegue el deudor hipotecario con su acreedor/es, no podrán ser rescindidos, y escapan a las acciones de reintegración a la masa concursal, incluso cuando se constituyan nuevas hipotecas para conseguir dicha refinanciación. Siendo, por tanto, aplicable esto mismo cuando el acuerdo de refinanciación no incluya nueva constitución de garantías, sino utilización para ello de las anteriores ya constituidas, las flotantes o recargables.

Como precisamente, tanto la recargable como la flotante encuentran su justificación actual en ser medios de refinanciación, se revalorizan sin lugar a dudas, pues permiten que los créditos inicialmente garantizados con ellas, o que se hayan asegurado con posterioridad queden fuera de la rescisión. Eso sí, siempre que se cumpla lo establecido en la propia Ley Concursal, y se hayan homologados dichos acuerdos de refinanciación⁴⁷.

⁴⁷ Artículo 71 Ley Concursal:

6. No podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, cuando en virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo y que con anterioridad a la declaración del concurso:

1. El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.

2. El acuerdo haya sido informado favorablemente por un experto independiente designado a su prudente arbitrio por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil. Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o en su defecto por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el párrafo primero y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo.

3. El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

Disposición adicional cuarta. Homologación de los acuerdos de refinanciación:

1. Podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones del artículo 71.6 y haya sido suscrito por acreedores que representen al menos el setenta y cinco % del pasivo titularidad de entidades financieras en el momento de la adopción del acuerdo. Por la homologación judicial los efectos de la espera pactada para las enti-

De este modo, creemos que ambas hipotecas tienen, en la actualidad, una importancia destacada dentro del proceso de sobreendeudamiento del deudor.

dades financieras que lo hayan suscrito se extienden a las restantes entidades financieras acreedoras no participantes o disidentes cuyos créditos no estén dotados de garantía real.

2. La competencia para conocer de esta homologación corresponderá al juez de lo mercantil que, en su caso, fuera competente para la declaración del concurso.

La solicitud deberá ser formulada por el deudor y se acompañará del acuerdo de refinanciación adoptado y del informe evacuado por el experto. En la misma solicitud se podrá interesar la paralización de ejecuciones singulares.

El secretario judicial, examinada la solicitud de homologación, dictará decreto admitiéndola a trámite y, caso de ser solicitada, declarando la paralización de las ejecuciones singulares hasta la homologación y en todo caso por plazo máximo de un mes. No obstante, dará cuenta al juez para que resuelva sobre la admisión cuando estime la falta de competencia o la existencia de un defecto formal y no se hubiese subsanado por el promotor en el plazo concedido para ello, que no podrá exceder de un mes. El secretario judicial ordenará la publicación del decreto en el Registro Público Concursal por medio de un anuncio que contendrá los datos que identifiquen el deudor, el juez competente, el número de expediente registral de nombramiento de experto y del procedimiento judicial de homologación, la fecha del acuerdo de refinanciación y los efectos de la espera que en el mismo se contienen, con la indicación de que el acuerdo está a disposición de los acreedores en el Registro Mercantil competente donde se hubiere depositado para su publicidad, incluso telemática de su contenido.

3. El juez otorgará la homologación siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero y no suponga un sacrificio desproporcionado para las entidades financieras acreedoras que no lo suscribieron.

En la homologación el juez, previa ponderación de las circunstancias concurrentes, podrá declarar subsistente la paralización de ejecuciones promovidas por las entidades financieras acreedoras durante el plazo de espera previsto en el acuerdo de refinanciación, que no podrá superar los tres años.

La resolución por la que se apruebe la homologación del acuerdo de refinanciación se adoptará mediante trámite de urgencia en el más breve plazo posible y se publicará mediante anuncio insertado en el Registro Público Concursal y en el Boletín Oficial del Estado, por medio de un extracto que contendrá los datos previstos en el párrafo tercero del apartado dos anterior.

4. Dentro de los quince días siguientes a la publicación, los acreedores afectados por la homologación judicial que no hubieran prestado su consentimiento podrán impugnarla. Los motivos de la impugnación se limitarán exclusivamente a la concurrencia del porcentaje exigido para la homologación y a la valoración de la desproporción del sacrificio exigido. Todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente por el procedimiento del incidente concursal, y se dará traslado de todas ellas al deudor y al resto de los acreedores que son parte en el acuerdo de refinanciación para que puedan oponerse a la impugnación. La sentencia que resuelva sobre la impugnación de la homologación no será susceptible de recurso de apelación y se le dará la misma publicidad prevista para la resolución de homologación.

5. Los efectos de la homologación del acuerdo de refinanciación se producen en todo caso y sin posibilidad de suspensión desde el día siguiente en que se publique la sentencia en el Boletín Oficial del Estado. En todo caso, las entidades financieras acreedoras afectadas por la homologación mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación del acuerdo de refinanciación ni los efectos de la homologación en perjuicio de aquéllos.

6. En caso de no cumplir el deudor los términos del acuerdo de refinanciación, cualquier acreedor, adherido o no al mismo, podrá solicitar, ante el mismo juez que lo hubiera homologado, la declaración de su incumplimiento, a través de un procedimiento equivalente al incidente concursal, del que se dará traslado al deudor y a todos los acreedores comparecidos para que puedan oponerse a la misma.

Declarado el incumplimiento, los acreedores podrán instar la declaración de concurso o iniciar las ejecuciones singulares. La sentencia que resuelva el incidente no será susceptible de recurso de apelación.

7. Solicitada una homologación no podrá solicitarse otra por el mismo deudor en el plazo de un año.

Por otra parte, y en concreto respecto de las hipotecas flotantes, como dice Azofra⁴⁸, dos son las grandes ventajas de esta figura –y mas si se admite la posibilidad de las hipotecas flotantes en mano común–: a) suponen un abaratamiento de costes y tramitación, «pues se consigue mediante una única hipoteca asegurar un conjunto de créditos, extrayendo la máxima capacidad de apalancamiento de un inmueble (estirando el crédito territorial a las últimas consecuencias), evitando la necesidad de constituir y/o cancelar distintas hipotecas y permitiendo al acreedor o acreedores realizar la hipoteca respecto de cualquiera de los créditos garantizados vencidos»; y b) permite asegurar un conjunto de obligaciones muy diversas y de distintos acreedores, «de forma que la totalidad del valor del bien o bienes dados en garantía sirva o cubra cualquiera de las obligaciones garantizadas, permitiéndose la creación de una comunidad de destino en favor de todos o la inmensa mayoría de los acreedores de una determinada sociedad».

Estas características, en las actuales circunstancias de crisis económica, se convierten en ventajas para las operaciones de refinanciación empresarial, de las que desgraciadamente estamos siendo testigos en los últimos años. La hipoteca flotante ha realizado, de este modo, como dice Azofra⁴⁹, «una notable contribución para permitir la superación de difíciles escenarios de crisis empresarial, evitándose la generalización de procesos concursales, con los colaterales efectos de pérdida masiva de puestos de trabajo, y en general, de daño mayúsculo a la economía del país».

En definitiva, la hipoteca flotante de origen discutido, de tardía admisión legal, pensada para agilizar el tráfico jurídico y el crédito territorial, en la actualidad, con las modificaciones y matizaciones que jurisprudencialmente se le han añadido, sigue teniendo una importancia indudable, y se está configurando como una de las bases más sólidas que contribuyen a la refinanciación de los deudores hipotecarios, ayudándoles a superar los duros momentos de crisis económica en los que nos encontramos.

La realidad demuestra que en los cinco escasos años desde su admisión legal han sido una garantía utilizada con cierta frecuencia en la práctica, como lo demuestra el hecho de que existen varias resoluciones posteriores a la Ley 421/2007 sobre la

⁴⁸ AZOFRA VEGAS, F.; OLIVA DOMÍNGUEZ, J.M., Y ALONSO LAPORTA, J.L.: «Hipoteca en mano común», *ob. cit.*, p. 1307.

⁴⁹ AZOFRA VEGAS, F.; OLIVA DOMÍNGUEZ, J.M., Y ALONSO LAPORTA, J.L.: «Hipoteca en mano común», *ob. cit.*, p. 1308.

hipoteca flotante, aunque no en su más pura esencia⁵⁰. El mayor exponente de su utilidad es la RDGRN 8 de junio de 2011, en la que se da una nueva vuelta de tuerca a la flotante, admitiéndose la posibilidad de esta forma de garantía en mano común. Y es que, ante la crisis, hay que agudizar el ingenio. No obstante, este instrumento de refinanciación puede verse un tanto relegado si se aprueba la nueva Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo sobre contratos de crédito para bienes inmueble de uso residencial COM (2011) 142, pues entre los requisitos que exigen los artículos 8 y 9 de la misma, relativos a la información previa que debe facilitarse sobre el contrato de crédito, se va a exigir la determinación del importe total del crédito (art. 8.2.d), y la descripción de los tipos de crédito disponibles (art. 9.1.e), lo que choca precisamente con la cierta indeterminación de las obligaciones garantizadas con la hipoteca flotante, *ab initio*.

La hipoteca recargable, ya hemos dicho, también sirve a la refinanciación, pues permite a los deudores hipotecarios que hubieran amortizado parte del préstamo inicial obtener una nueva cantidad de dinero, hasta el máximo de lo ya amortizado. No obstante, en la práctica se ha utilizado mucho menos. No hay ninguna resolución de la DGRN sobre la hipoteca recargable en estos últimos años. Sí que existe una sobre ampliación de plazo en el préstamo hipotecario pero sin que implique un aumento de capital, sin constituir, por tanto, una verdadera hipoteca recargable⁵¹; además, encontramos alguna otra resolución sobre ampliación de capital con aumento de la responsabilidad, sin que suponga tampoco un supuesto de recargable propiamente dicha⁵², puesto que el Centro Directivo aboga por

⁵⁰ Aunque en varias de ellas, todavía, se refieren a las hipotecas denominadas semi-flotantes, es decir, aquellas en las que se permite garantizar con una misma hipoteca diversas obligaciones que tengan entre ellas un nexo causal, o incluso, como en el caso de la RDGRN 18 de marzo 2008, cuando se trate de la misma relación obligatoria (el mismo préstamo, pues es una ampliación del mismo). En el mismo sentido, véase RRDGRN 17, 19 marzo 2008, 24 y 25 abril 2008.

⁵¹ Véase RDGRN 6 mayo 2010 que recoge un supuesto de aumento del plazo de un préstamo hipotecario sin ampliación del principal del préstamo, donde lo que se discute es si es posible si transcurrido el plazo de duración del préstamo puede hacerse constar en el Registro la prórroga de dicho plazo pactada mediante escritura pública de fecha posterior al vencimiento, pero por la que se eleva a público un documento privado de fecha anterior al mismo. El Centro Directivo concluye que sí es posible porque se pactó *inter partes* la ampliación antes del vencimiento, y que en cualquier caso el vencimiento de la obligación no la extingue y que la ampliación del plazo del préstamo es una novación modificativa, según lo previsto en la Ley 41/2007.

⁵² Véase, en este sentido la RDGRN 12 mayo 2011 en la que se produce una ampliación de préstamo hipotecario que implica el incremento de responsabilidad hipotecaria, lo que conduce a considerar, respecto de la ampliación y frente a terceros, al nuevo tramo como una nueva hipoteca, manteniendo la originaria su rango, tal y como se admitía con anterioridad a la Ley 41/2007, sin que esto suponga un supuesto de verdadera recarga, pues como ya se explicó con anterioridad, la ampliación de la responsabilidad hipotecaria,

establecer dos tramos de hipoteca diferenciados para la parte inicial y ampliada, tal y como se mantenía antes de la aprobación de la Ley 41/2007. Por último, las recientes resoluciones de 14 de febrero y 4 de marzo de 2013 analizan los supuestos de ampliación de plazo, sin ampliar capital, y con titulares de cargas posteriores que no dan su consentimiento a dicha ampliación. En estas resoluciones, el Centro Directivo opina que esa ampliación de plazo sin consentimiento de los titulares posteriores supone una alteración del rango, debiendo postergarse a los ya inscritos, la parte ampliada. Tampoco aquí se aborda un supuesto típico de recarga, por no existir aumento del principal.

Además, la práctica habitual de los registros así lo constata, pues a ellos no llegan escrituras en las que se solicite la recarga de una hipoteca. Creemos que es una pena esta falta de utilización, ya que en estos momentos supone una fuente fácil de refinanciación para el deudor. Los motivos de su utilización escasa pueden encontrarse, por una parte, en lo limitado de su objeto –los préstamos hipotecarios–, y por otra, en la incertidumbre que todavía existe en torno a esta figura pues la difícil y dudosa redacción de la Ley no deja rotundamente clara su posibilidad, ni su contenido, ni su objeto, ni cómo llevarse a cabo en la práctica, abundada esta incertidumbre por el hecho de que la DGRN tampoco parece tener un criterio unívoco en cuanto a la posibilidad de recarga, todo lo cual se traduce en una inseguridad jurídica enorme, de forma que las entidades financieras prefieren no utilizarla.

No estaría de más que el legislador, o la DGRN, aprovecharán para perfilar y definir de manera clara y expresa la posibilidad de recarga en nuestro ordenamiento, es decir, cuándo y en qué casos, puede novarse la obligación garantizada y aumentarse el principal sin que suponga pérdida de rango.

No obstante, y dicho lo cual, parece que con el reciente Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, encontramos, como ya hemos señalado antes, un nuevo apoyo legal al reconocimiento de la posibilidad de ampliación de plazo, manteniendo el rango. Si bien este supuesto no es propiamente recarga, pues no se contempla el aumento de principal, sino solo la reestructuración de la deuda a través, entre otras cosas, de la ampliación de plazo, sí que clarifica una de las cuestiones controvertidas en cuanto a la aplicación de la LSMPH, lo que permite, en estos momentos críticos para el deudor, alargar el plazo de amortización de su deuda sin que eso

siempre supone pérdida de rango registral para la parte ampliada si existieran terceros intermedios.

le suponga pérdida del rango de su garantía⁵³. Aunque no sea un reconocimiento expreso a la hipoteca que admite recarga, sí que impulsa las nuevas modalidades de novaciones modificativas como elementos a tener en cuenta en la reestructuración de la deuda hipotecaria.

En definitiva, creemos que estos dos tipos de hipoteca, en la actualidad, son valiosos instrumentos financieros que deben reconocerse como tales, y seguir sirviendo a las necesidades de refinanciación de los deudores hipotecarios actuales; hay que romper una lanza en su favor y su defensa, sin perjuicio de los inconvenientes que se han puesto de relieve.

Si hoy en día la situación económica exige trabajar en la reestructuración de deudas, no pueden olvidarse estos dos tipos de hipotecas para llevarlo a cabo.

V. CONCLUSIONES

1. En la actualidad, tras la Ley 41/2007, se admite la hipoteca recargable, aunque con ciertas dudas acerca de su admisibilidad como un tipo especial de hipoteca; si bien, consideramos que al menos la posibilidad de recarga, o como quiera que la llamemos, debe admitirse en nuestro ordenamiento a raíz de dicha ley. No ocurre lo mismo con la hipoteca flotante, cuya admisión y regulación en el nuevo artículo 153 bis de LH, es indubitada.

⁵³ Véase lo dicho en el apartado II.2.1 Concepto de la hipoteca recargable, y lo dispuesto en artículo 5.5 RD Ley 6/2012 en relación con el Anexo del Código de Buenas Prácticas:

Artículo 5. Sujeción al Código de Buenas Prácticas

5. La novación del contrato tendrá los efectos previstos en el artículo 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, con respecto a los préstamo y créditos novados.

Anexo: Código de buenas prácticas:

1. Medidas previas a la ejecución hipotecaria: reestructuración de deudas hipotecarias.
 - b) En el plazo de un mes desde la presentación de la solicitud anterior junto con la documentación a que se refiere la letra anterior, la entidad deberá notificar y ofrecer al deudor un plan de reestructuración en el que se concreten la ejecución y las consecuencias financieras para el deudor de la aplicación conjunta de las siguientes medidas:
 - i. Carencia en la amortización de capital de cuatro años.
 - ii. Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo.
 - iii. Reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 por cien durante el plazo de carencia.

Adicionalmente, las entidades podrán reunificar el conjunto de las deudas contraídas por el deudor.

2. La hipoteca recargable tiene su origen en el impulso o demanda de los agentes intervinientes en el tráfico inmobiliario y su justificación en la necesidad de flexibilizar el mercado hipotecario, la mejora de las garantías para el acreedor en una época de bonanza económica, donde el negocio bancario basado en el crédito territorial crecía. Esto mismo puede aplicarse a la hipoteca flotante; por eso hay que preguntarse si ambas son instrumentos valiosos para superar algunas de las dificultades derivadas la crisis financiera actual.

3. Además de su origen, y finalidad tienen en común varias cosas, entre ellas los sujetos activo y pasivo, la cierta indeterminación de las mismas, si bien las diferencias entre ellas son notables, comenzando por su diferente naturaleza jurídica, lo que conviene poner de relieve para distinguir nítidamente ambas figuras:

a) Admisión legal: para las recargables, como hemos dicho, no es expresa y es discutida, mientras que para las flotantes es expresa y clara.

b) Naturaleza jurídica: La hipoteca recargable, o la que admite recarga, es una hipoteca ordinaria o de tráfico, en garantía de una obligación ya nacida y determinada. Las hipotecas flotantes son hipotecas de máximo, de seguridad, en las que se establece un máximo de responsabilidad hipotecaria que garantiza una pluralidad de obligaciones sin determinar. Esta diferente naturaleza jurídica influye en sus diferentes requisitos.

c) Sujetos: ambas tienen el mismo sujeto activo principal: las entidades de crédito, sin embargo, no creemos aplicable a las recargables la posibilidad de que en ellas los distintos acreedores actúen en mano común por distintos créditos, en ellas tampoco cabe que sean acreedores hipotecarios las administraciones públicas.

d) Objeto: En la hipoteca recargable la obligación garantizada es una –la de devolver la cantidad prestada–, existente y determinada; además, *a priori* y en principio, solo pueden asegurar préstamos hipotecarios o figuras asimilables a los mismos. Por el contrario, las hipotecas flotantes se establecen en garantía de cualquier tipo de obligación, pudiendo ser varias e incluso futuras y no del todo determinadas.

e) Plazo: La recargable, por su propia naturaleza, no está sometida a plazo, la hipoteca flotante como hipoteca de seguridad y máximo tiene un plazo de duración previsto.

f) **Requisitos inscripción:** La recarga se hace costar mediante una nota marginal, eso sí referenciada a la inscripción principal de la hipoteca que se recarga. La hipoteca flotante llega al registro a través de su asiento propio de inscripción.

g) **Ejecución,** es bien distinta: En la hipoteca flotante la responsabilidad hipotecaria permanece inalterada, y aunque las obligaciones mantienen su individualidad hasta el momento de la ejecución, sí que es necesario que llegada esta se calcule el saldo final por el que sale la finca a ejecución; mientras que en la hipoteca recargable no es necesario nada de esto al ser una única obligación la asegurada.

4. Creemos que la hipoteca recargable no altera sustancialmente los principios de accesoriedad y especialidad, ya que estos deben ser redefinidos con respecto a las exigencias y nuevas tendencias doctrinales derivadas de la realidad. Probablemente, la hipoteca recargable sea más acorde a ellos que la flotante, y parece que contradice en menor medida que aquella dichos principios, incluso en su vertiente más tradicional.

5. Superados los obstáculos que sobre ambos tipos de hipotecas se han planteado para su admisión legal –pues las reconoce la propia ley–, y para su admisión doctrinal –al superar los inconvenientes derivados de los principios de especialidad y accesoriedad–, debemos plantearnos su utilidad y necesidad actual. En este sentido, hemos de concluir que las dos modalidades de hipoteca sí son necesarias en la actualidad, pues se han convertido en instrumentos válidos y útiles en este contexto de crisis económica, al suponer grandes ventajas para la refinanciación del deudor. A través de las mismas, ante el impago y la mora en el cumplimiento de sus obligaciones por parte del deudor, el acreedor hipotecario debe buscar nuevas formas de hacer posible el cumplimiento, y se convierten de este modo en importantes medios que facilitan el negocio bancario actual.

6. Ambas modalidades sirven para favorecer acuerdos de refinanciación que queden fuera de las acciones rescisorias concursales, otorgando mayores y mejores garantías para los acreedores.

7. Si bien, la incertidumbre todavía existente sobre muchos de los aspectos de la hipoteca recargable, o de la posibilidad de recarga, hace que no se haya utilizado en la práctica bancaria para lo que en principio es su finalidad: la reestructuración de un préstamo hipotecario, por lo que abogamos, desde estas líneas, convencidos de su utilidad, para que el legislador clarifique las dudas existentes en torno a las mismas, las cuales hemos tratado de poner de relieve en este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- AZOFRA VEGAS, F., OLIVA DOMÍNGUEZ, J.M., ALONSO LAPORTA, J.L.: «Hipotecas en mano común», en *RCDI*, núm. 725, pp. 1285-1323.
- AZOFRA, F.: «La hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación del rango en la recarga», en *Diario La Ley*, núm. 7167, 5 mayo 2009, año XXX, pp. 1-9.
- «La hipoteca recargable: realidad o mito», en *Diario La Ley*, núm. 7162, 27 abril 2009, año XXX, pp. 1-9.
- «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pp. 1179-1242.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.: «Hipoteca flotante», en *RCDI*, núm. 685, 2004, pp. 2510-2526.
- CABANAS TRAJO, R. Y BONARDELL LENZANO, R.: «Hipotecas que flotan y dogmas que se hunden», en *Diario La Ley*, núm. 7044, 29 octubre 2008, pp. 1-14.
- CANALS BRAGE, F.: «La inscripción de la hipoteca. Art. 12 LH reformado por la Ley 41/2007. Su lectura por la DGRN y por el Colegio de Registradores. Contenido y efectos del asiento de inscripción del derecho real de hipoteca más un apéndice con notas a la RDGRN de 24 julio de 2008», en *RCDI*, núm. 711, 2009, pp. 143-213.
- «La ampliación del derecho real de hipoteca en garantía de la ampliación del crédito garantizado. Algunas observaciones a la doctrina de la DGRN», en *RCDI*, núm. 678, 2003, pp. 2255-2296.
- CARRASCO PERERA, A. Y CORDERO LOBATO, E.: «El doble filo de la hipoteca global: caveat creditor!», en *Diario La Ley*, núm. 6988, 14 de julio 2008, año XXIX, pp. 1-7.
- CHAVES RIVAS, A.: «Ampliación de plazo y rango», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 26, julio-agosto, 2009, disponible en <http://www.elnotario.com>, pp. 1-7.
- DEL VALLE, J.L.: «La hipoteca recargable», ponencia defendida en el Congreso sobre Garantías Reales y Crisis, de la Universidad de Barcelona, octubre 2011.
- DÍAZ FRAILE, J.M.: «La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria», en *Diario La Ley*, núm. 6727, año XXVIII, 4 junio 2007, pp. 1-17.
- FERNÁNDEZ LOZANO, J.L.: «Breves notas sobre la Ley 41/2007 por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria», disponible en www.notariosyregistradores.org, pp. 1-10.
- GARCÍA GARCÍA, J.M.: *Código de la Legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, 6.ª edición, Ed. Thomson, 2009.
- GARCÍA MAS, F.J.: «Comentarios a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 624, septiembre-octubre 1994, pp. 1947-1966.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «Hacia la admisión de las hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 701, 2007, pp. 1340-1345.
- «El devenir de la hipoteca flotante», en *RCDI*, núm. 731, 2012, pp. 1646-1660.
- HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J.M.: «Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 622, mayo-junio, 1994, pp. 1199-1248.

- LLOPIS GINER, J.M.: «Las modificaciones del crédito hipotecario: las innovaciones de la Ley 41/2007 respecto de la subrogación», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 152, pp. 2710-2734.
- LÓPEZ LIZ, J.: *Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Análisis práctico de la Ley 2/1994 de 30 marzo)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1955.
- MONTÁNCHÉZ RAMOS, M.: «Especial referencia en la hipoteca flotante», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, CER, Madrid, 2009, pp. 39-56.
- NIETO CAROL, U.: «Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *Instituciones del mercado financiero*, vol. 2 (MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. Y ALONSO UREBA, A., coords.), Sopec, 1999, pp. 615-656.
- OLIVA BRAÑAS, P.: «La ampliación del capital del préstamo según la hipoteca sea anterior o posterior a la Ley 41/2007: la recarga», en *Jornadas sobre la Hipoteca ante la crisis económica*, CER, Madrid, 2009, pp. 145-166.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V.: «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y el mantenimiento del rango» en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 23, ene-feb, 2009, disponible en <http://www.elnotario.com>, pp. 1- 5.
- PULGAR EZQUERRA, J.: «Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias», en *Diario La Ley*, núm. 7097, 21 enero 2009, pp. 1-8.
- ROJAS MARTÍNEZ DE MÁRMOL, L.: «La novación de préstamos hipotecarios. La hipoteca recargable», en *Hacia un nuevo derecho hipotecario: Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, (PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., coord.), Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, pp. 289-306.
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M. Y UREÑA MARTÍNEZ, M.: «Aspectos civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *Actualidad Civil*, núm. 38, octubre, 1994, pp. 786-809.
- SÁENZ DE JUBERA, B.: «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma de mercado hipotecario», en *RCDI*, núm. 707, pp. 1246-1274.
- SEDA HERMOSÍN, M.A.: «El procedimiento de subrogación hipotecaria» en *Hacia un nuevo Derecho hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, (PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., coord.) Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, pp. 268-288.
- SERRANO, J.R.: «Reflexiones sobre las modificaciones en materia de subrogaciones de préstamos», disponible en www.notariosyregistradores.com, 18 enero 2008, pp. 1-9.
- SIEIRA GIL, J.: «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis*, CER, Madrid, 2009, pp. 167-207.
- VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A.: «La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada Hipoteca recargable», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 148, 2009, pp. 1771- 1790.
- VATTIER FUENZALIDA, C.: «La subrogación y la modificación de los préstamos hipotecarios, según la ley 2/1994, de 30 de marzo», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 1994, pp. 601-607.
- VENTOSO ESCRIBANO, A.: «Subrogación hipotecaria» en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, CER, Madrid, 2009, pp. 243-326.



Negocios fiduciarios y usucapión

ANTONIO MARTÍN LEÓN

Profesor Contratado Doctor de Derecho civil
Universidad de Granada

RESUMEN

La usucapión constituye una magnífica piedra de toque para calibrar la funcionalidad de las distintas tesis acerca del negocio fiduciario.

Una vez superada la teoría del doble efecto, que supone la transmisión plena de la propiedad, y, en consecuencia, hace innecesario recurrir a la usucapión, la pretensión del fiduciario de haber usucapido la cosa dada en fiducia sería admisible tanto desde la tesis que equipara el negocio fiduciario con el simulado relativamente, como desde la teoría que sostiene el desdoblamiento de la propiedad en formal y material. A nuestro juicio, el negocio fiduciario no transmite propiedad alguna, ni plena ni formal. El negocio fiduciario constituye un caso de simulación relativa, en el que bajo la apariencia de un negocio traslativo (simulado) se oculta el negocio verdaderamente querido, pero disimulado, que no es otro sino un negocio de garantía o de mandato no transmisivo del dominio. La usucapión ordinaria exige, junto a la posesión, buena fe y título, que ha de ser justo, verdadero y válido.

El título simulado no es apto para la usucapión abreviada, pues no es justo, ni verdadero, ni válido. Tampoco puede tenerse al fiduciario como poseedor de buena fe ni en concepto de dueño. Por lo que respecta al título disimulado, no puede ser considerado justo (no tiene naturaleza transmisiva del dominio), es verdadero (aunque oculto), y puede ser válido (pues la simulación, de por sí, no determina la nulidad del negocio disimulado). En lo que se refiere a la usucapión extraordinaria, la jurisprudencia suele desestimar la pretensión del fiduciario por falta de la imprescindible posesión en concepto de dueño. Es más, en la fiducia, el negocio o título disimulado (negocio de garantía o mandato para administrar) no tiene carácter traslativo del dominio, por lo que no configura la posesión recibida como en concepto de dueño, no pudiendo el fiduciario usucapir si no intervierte su concepto posesorio.

PALABRAS CLAVE

Negocios fiduciarios. Negocios simulados relativamente. Transmisión de la propiedad. Usucapión ordinaria. Usucapión extraordinaria. Justo título, verdadero y válido. Posesión material: Inscripción como presunción de posesión ad usucapionem. Posesión de buena fe. Posesión en concepto de dueño.

ABSTRACT

Usucaption, or acquisition by prescription, may be used as a valid touchstone to measure the appropriateness of the different theses regarding fiduciary transactions

After leaving aside the principle of double effect, which involves the full transfer of the ownership and, consequently, makes it unnecessary to have recourse to usucaption, any claim of the trustee to have acquired the ownership of the goods given in trust by usucaption would be acceptable, both from the point of view that puts on the same level fiduciary transactions and relatively simulated transactions, and on the basis of the theory which sustains the splittening of the property into formal and material property. In our opinion, fiduciary transactions do not represent any kind of transfer of ownership, either of a full or formal nature. Fiduciary transactions represent a case of relative simulation, where a (simulated) transfer hides the truly pursued - while concealed - transaction, which is actually a warranty or a mandate without transfer of the ownership. Ordinary usucaption calls for, along with possession, good faith and title, which should be a fair, genuine and valid title. Consequently, simulated title would not be valid for the purposes of an abbreviated usucaption, as it is neither fair, nor genuine or valid. The trustee cannot be considered as a good faith possessor, but neither in his capacity of possessor as owner. As far as concealed title is concerned, it cannot be considered fair (it does not involve a transferable nature of the ownership), it is genuine (while concealed) and might be valid (since simulation, as it is, does not imply the nullity of the concealed transaction). In the context of extraordinary usucaption, the case law usually rejects the aspirations of the trustee, on the basis of the lack of the unavoidable possession as owner. Furthermore, in the case of trusts, the concealed title or transaction (guarantee transaction or administration mandate) does not involve a transfer of the ownership and consequently, the possession is not received as owner of the goods, and the trustee may not acquire it by usucaption, unless the nature of the possession is inverted.

KEY WORDS

Fiduciary transactions. Relatively simulated transactions. Transfer of the ownership. Ordinary usucaption. Extraordinary usucaption. Fair, genuine and valid title. Material possession. Registration as presumption of possession ad usucapionem. Good faith possession. Possession as owner.

SUMARIO: I. *El negocio fiduciario*: 1. Concepto. 2. Características. 3. Atipicidad y complejidad de su estructura. 4. Clases. 5. Negocios fiduciarios y simulación. 6. Negocio fiduciario y transmisión de la propiedad: la causa del negocio fiduciario.—II. *Negocios fiduciarios y usucapión ordinaria*: 1. Negocio fiduciario *cum creditore* y usucapión ordinaria. 1.1 El negocio fiduciario *cum creditore* como título para la usucapión ordinaria. 1.1.1 Justicia. La inscripción como justo título para la usucapión. 1.1.2 Veracidad. 1.1.3 Validez. 1.2 La posesión del fiduciario. 1.2.1 La habitual falta de posesión material del fiduciario. 1.2.2 La inscripción como presunción de posesión *ad usucapionem*. 1.2.3 Posesión de buena fe. 1.2.4 Posesión en concepto de dueño. 1.3 Consideraciones críticas en cuanto a la pretensión del fiduciario de usucapir en forma ordinaria frente al fiduciante. 1.4 La sorprendente alegación de usucapión ordinaria del fiduciante frente al fiduciario. 2. Negocio fiduciario *cum amico* y usucapión ordinaria. 2.1 El negocio fiduciario *cum amico* como título para la usucapión ordinaria. 2.1.1 Justicia. 2.1.2 Veracidad. 2.1.3 Validez. 2.2 La posesión del fiduciario. 2.2.1 Posesión material. La inscripción como presunción de posesión *ad usucapionem*. 2.2.2 Posesión de buena fe. 2.2.3 Posesión en concepto de dueño.—III. *Negocios fiduciarios y usucapión extraordinaria*.

I. EL NEGOCIO FIDUCIARIO

La falta de una disciplina positiva general del negocio fiduciario en el Derecho civil común ha provocado que todo respecto de él sea objeto de discusión: no sólo es que se discuta su concepto, caracteres, estructura y eficacia, ni de que no exista consenso acerca de los supuestos que pueden encuadrarse en la categoría, sino que la existencia autónoma de la propia categoría es negada por gran parte de la doctrina actual.

A efectos del adecuado estudio del objeto central de nuestro trabajo (la usucapión en virtud de los negocios fiduciarios) es necesario exponer, siquiera de forma breve, nuestra posición acerca de cuestiones tales como el concepto, caracteres y estructura del negocio fiduciario, su equiparación o no con el negocio simulado relativamente, para, después de ello, examinar el aspecto de su eficacia que en estos momentos más nos interesa, a saber, su eficacia transmisiva o no de la propiedad, y, en su caso, de qué tipo de propiedad¹.

¹ Para un detenido y pormenorizado análisis de todas estas cuestiones puede consultarse MARTÍN LEÓN, *Negocios fiduciarios, simulación y transmisión de la propiedad*, Cizur Menor (Navarra), 2012.

1. CONCEPTO

La falta de regulación legal ha hecho que no exista un concepto unívoco y mayoritariamente compartido del negocio fiduciario, pues nos encontramos, más que ante una figura jurídica, ante una construcción jurídica².

En la actualidad, predomina el eclecticismo en la jurisprudencia a la hora de definir el negocio fiduciario, a diferencia de lo que acaecía en etapas anteriores donde se definía el negocio fiduciario con arreglo a los presupuestos de la teoría del doble efecto y se le caracterizaba como un negocio que provocaba una transmisión plena y definitiva de la propiedad. Hoy se prefiere una concepción más aséptica, que se distancia de la teoría del doble efecto y que, con suma prudencia, no se pronuncia acerca de la traslación o no de la propiedad³. Así, por ejemplo, la STS de 2 de diciembre de 1996, luego seguida por muchas otras, afirma que el negocio fiduciario «consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza en favor del otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista»⁴.

2. CARACTERÍSTICAS

Se ha venido caracterizando desde antaño al negocio fiduciario como el resultado de la conjunción de dos elementos, desproporción y confianza⁵. Aunque se le ha aproximado o incluso identificado con el negocio indirecto⁶, lo más usual es incluir los negocios fiduciarios dentro de los negocios anómalos: la fiducia, al igual que

² Por todos, GINÉS CASTELLET, *La enajenación de bienes inmuebles con fin de garantía*, Madrid, 2004, pp. 186-189, 262-264 y 278; MEZQUITA DEL CACHO, «Negocio aparente y negocio fiduciario. Aplicaciones de éste como negocio modal y en función de garantía», *RDEA*, 1960-V, p. 41 A. Se ha llegado a decir que cada jurista que aborda el estudio del negocio fiduciario ha formulado su propia concepción del mismo. Cfr. ALBALADEJO, *Prólogo a El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, de C. FUENTESECA, Barcelona, 1997, p. 13; FUENTESECA, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1997, pp. 79, 86 y 184.

³ CÁMARA LAPUENTE, «Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español», *RCDI*, 1999, p. 1771, nota 47.

⁴ En el mismo sentido, SSTS 4 julio 1998, 5 marzo 2001, 7 junio 2002, 31 octubre 2003, 26 julio 2004, 23 junio y 27 julio 2006 y 29 noviembre 2007.

⁵ Por todos, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, 2001, p. 508.

⁶ Cfr. GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 338-342. Véase DE REINA TARTIÈRE, «La propiedad en garantía: negocio indirecto y fiducia», *RGLJ*, 2011, p. 303 ss.

otras figuras más o menos próximas (negocios simulados, indirectos y en fraude de ley), no es un tipo negocial autónomo, sino una simple anomalía negocial, una deformación, o, mejor aún, un procedimiento deformador de figuras negociales típicas⁷.

3. ATIPICIDAD Y COMPLEJIDAD DE SU ESTRUCTURA

A nuestro juicio, el negocio fiduciario es un negocio atípico que se caracteriza por poseer una estructura compleja⁸. En este sentido, doctrina y jurisprudencia han calificado como negocios fiduciarios fundamentalmente dos tipos de operaciones:

– por un lado, el empleo de negocios traslativos típicos (compraventa, donación) con fines fiduciarios, lo que se consigue adjuntando pactos de carácter complementario que limitan internamente el alcance de la transmisión⁹. Cuando el Tribunal Supremo caracteriza al negocio fiduciario aludiendo al uso de un «medio indirecto y fuera de los cuadros típicos de la ley» (STS 3 mayo 1955), se está refiriendo al negocio fiduciario en su conjunto, y no a ninguna de sus partes, que negocios típicos suelen ser¹⁰. El negocio típico traslativo es el simple instrumento del que se valen fiduciante y fiduciario para obtener finalidades que, de por sí, no requerían de tal transmisión¹¹. Así, por ejemplo, en la fiducia *cum creditore*, al con-

⁷ Esta orientación, propugnada por DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, pp. 329-457, es seguida por gran parte de nuestra mejor doctrina. Cfr. Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, pp. 502-517; GARCÍA VALDECASAS, *Parte general del Derecho civil español*, Madrid, 1983, pp. 379-382; GULLÓN, *Curso de Derecho civil. El negocio jurídico*, Madrid, 1969, pp. 119-143; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-1.º, Madrid, 2000, pp. 454-458; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-1.º, Barcelona, 1988, pp. 439-494.

⁸ Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1772 ss.; GETE-ALONSO, «La compraventa con finalidad de garantía», en *El contrato de compraventa* (Cuadernos de Derecho Judicial, XXI), Madrid, 1993, p. 251; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Consideraciones en torno al «pacto de fiducia cum creditore»», *RJNav*, 1991, n.º 12, pp. 57-58.

⁹ Entre otros, ALBALADEJO, «El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente», *Act. Civ.*, 1993, pp. 672-673; CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1772, 1773 y 1788; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa del contrato*, Bolonia, 1998, p. 216; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 418 y 432; Díez-PICAZO, «Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios», en *Diccionarios jurídicos*, Madrid, 1981, pp. 29, 32 y 64; GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 234, 236 y 251; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 110; JORDANO BAREA, «Negocio fiduciario, negocio simulado y negocio indirecto», *RDP*, 1958, p. 1030; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-2.º, Barcelona, 1987, pp. 188-193; MARÍN LÓPEZ, «La transmisión de la propiedad en garantía», en *Tratado de los derechos de garantía*, II, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 612-613; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pp. 439 y 455; SAPENA TOMÁS, «Actualidad de la “fiducia cum creditore” (Problemas de la carta de gracia)», *RDN*, 1957, julio-diciembre, pp. 146, 161, 162, 164, 169, 170 y 205. En jurisprudencia, SSTS 10 marzo 1944, 23 febrero 1951, 3 mayo 1955, 25 septiembre 1956 y 18 febrero 1965.

¹⁰ SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pp. 164-165, texto y nota 59.

¹¹ Según las SSTS 10 noviembre 1958 y 18 febrero 1965, el negocio fiduciario «se concluye utilizando las partes un tipo de contrato regulado por el ordenamiento positivo que adoptan externamente con fin distinto al expresado».

trato traslativo típico, venta por lo común, se le agregan pactos complementarios en los que se manifiesta el fin de garantía que se persigue con la aparente transmisión; la retransmisión del bien al fiduciante cuando abone la deuda se consigue por medio de la estipulación de un pacto de retro o de una opción de recompra, o incluso mediante la celebración de una segunda venta en sentido inverso estableciendo su resolución en caso de impago de la deuda garantizada. Los llamados negocios fiduciarios no son más que negocios típicos transmisivos adaptados a fines fiduciarios, a otros fines diversos y menores que los suyos propios¹².

– Por otro, la combinación de negocios típicos, en apariencia independientes, cuya interconexión persiga como resultado sujetar la titularidad de un bien del deudor a la garantía de un crédito¹³. Se trata de negocios típicos que, individualmente considerados, carecen de autonomía, no siendo más que partes integrantes de un negocio más complejo que persigue una finalidad única y unitaria, negocio unitario que debe ser valorado globalmente en consideración a la efectiva función práctica proyectada¹⁴.

Constituye también una opinión bastante generalizada aquélla que afirma que el negocio fiduciario se caracteriza por poseer una estructura compleja. Esta afirmación ya fue realizada por los partidarios de la teoría del doble efecto¹⁵. Otros autores, pese a no adhe-

¹² CÁRCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1986, pp. 54-55; LACRUZ, *Elementos...*, II-2.º, cit., pp. 188 y 193.

¹³ CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, I-2.º, Madrid, 1982, p. 714; HERNÁNDEZ GIL, «Notas a las SSTS 10 marzo y 25 mayo 1944», *RGLJ*, 1945-I, pp. 699-701. Según la STS 23 febrero 1951, el negocio fiduciario consiste en una «combinación de figuras jurídicas».

¹⁴ Entre las combinaciones empleadas a tal fin se pueden señalar la compraventa de un bien del deudor por parte del acreedor seguida de una opción de compra en favor del primero (cfr. LLORENTE SAN SEGUNDO, *La opción de compra inmobiliaria en garantía*, Cizur Menor [Navarra], 2007, pp. 173 ss.; SSTS 22 enero 1998 y 21 febrero 2003), y el arrendamiento financiero o *leasing* de retorno, en inglés, *sale and lease-back* (GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 182-183; MARÍN LÓPEZ, «El arrendamiento financiero», en *Tratado de los derechos de garantía*, II, Cizur Menor [Navarra], 2008, pp. 597-603. SSTS 13 julio 1999, 16 mayo 2000, 17 julio 2001 y 10 febrero 2005). Sobre la naturaleza jurídica del *lease-back*, GARCÍA GARNICA, *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Pamplona, 2001, pp. 134 ss. y 149 ss.; PARRA LUCÁN, «Comentario a la STS de 1 febrero 1999», *CCJC*, 1999, pp. 835-838; ID., «Comentario a la STS de 2 febrero 2006», *CCJC*, 2006, pp. 1763, 1766-1767 y 1771.

¹⁵ Esta teoría sostiene que en el negocio fiduciario concurren dos contratos, el contrato real positivo, que opera la transmisión plena del bien, y el contrato obligatorio negativo, que origina la obligación del fiduciario de retransmitir a su tiempo el bien adquirido y de usarlo conforme a los fines previstos. En principio, dichos contratos se consideraron independientes aunque el obligacional se encontrase subordinado al real (CASTÁN, *op. cit.*, p. 716; FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1926, pp. 83 ss.); más adelante se entendió que constituía un supuesto de conexión de contratos (NAVARRO MARTORELL, «Notas sobre el concepto y la estructura de los negocios fiduciarios», *RDP*, 1950, pp. 233-238). Dentro aún de la teoría del doble efecto, como una subvariante, están aquéllos que apartándose de la dualidad negocial, consideran el negocio fiduciario unitariamente, con

rirse a dicha teoría, continúan caracterizando al negocio fiduciario como un negocio unitario aunque con estructura compleja. Así lo afirman tanto los que sostienen que en el negocio fiduciario se produce una disociación entre la propiedad formal y la propiedad material¹⁶, como los que estiman que lo que se transmite al fiduciario es un verdadero derecho de propiedad, si bien de carácter temporal¹⁷, como, por último, los que se decantan por negar cualquier tipo de transmisión de la propiedad del bien al fiduciario, considerando que se trata de un supuesto de simulación relativa que provoca, a lo sumo, una apariencia de titularidad¹⁸.

La jurisprudencia suele hablar de «contrato complejo» o de «relación compleja», y parece optar por la diferenciación de los actos o negocios concurrentes¹⁹, mas no ha ido más allá a la hora de delimitar la naturaleza del negocio fiduciario desde una perspectiva estructural, si no fuera por la notable excepción que representa la STS de 20 de mayo de 1986. Esta resolución establece que el «verdadero negocio fiduciario (...) requiere la coexistencia de una convención expresa y exteriorizada, que normalmente tiene un mayor alcance jurídico que el económico propuesto por las partes en la convención tácita o no exteriorizada». En este sentido, parte de la doctrina indica que, desde un punto de vista estructural, el negocio fiduciario se caracteriza por la descomposición en un doble plano, interno y externo²⁰. Dentro de la línea que reputamos más correcta, es decir, la que equipara los negocios fiduciarios con los simulados relativamente, se ha afirmado, bien que los negocios fiduciarios se manifiestan en dos «momentos», el contrato de compraventa simulado y los pactos disimulados de garantía o mandato²¹, bien que el negocio total se compone de dos «partes», una

su propia y peculiar causa (*causa fiduciae*). Negocio único, con causa también única, aunque de estructura compleja (ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958, pp. 222-225; GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, Madrid, 1976, pp. 36-40; JORDANO BAREA, «Naturaleza, estructura y efectos del negocio fiduciario», *RDP*, 1958, pp. 829-830).

¹⁶ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1772 y 1779; Díez-PICAZO, *op. cit.*, pp. 35 y 64; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pp. 695, 696 y 700; SÁPENA TOMÁS, *op. cit.*, pp. 164, 165, 172, 186 y 187.

¹⁷ MATEO Y VILLA, «De la fiducia gestión», *RCDI*, 2007, pp. 2630-2631; SOTO NIETO, «La titularidad del fiduciario en la fiducia “cum creditore”», *RJC*, 1970, pp. 530, 534, 541, 544 y 545.

¹⁸ ALBALADEJO, «El llamado...», *cit.*, pp. 665-674; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *op. cit.*, pp. 218 y 227.

¹⁹ SSTS 3 mayo, 31 octubre y 28 diciembre 1955 y 25 septiembre 1956. La STS 20 noviembre 1965 afirma que el negocio fiduciario supone una «relación compleja, constituida por dos fases perfectamente diferenciadas, una, de «transmisión plena» y otra relación obligacional que limita los efectos de aquella transmisión».

²⁰ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1772, desarrolla esta idea, ya avanzada por ARECHEDERRA ARANZADI, «Compraventa con pacto de retro. Equilibrio de las prestaciones (*Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1976*)», *ADC*, 1978, p. 451.

²¹ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 423.

externa, atributiva de un poder excesivo para el fin perseguido, y otra interna, limitativa de ese mayor poder²².

Si recurrimos a la praxis jurisprudencial resulta que el modo más frecuente de instrumentar el negocio fiduciario, o, quizá mejor, la transmisión fiduciaria, pasa por el otorgamiento de dos actos jurídicos diversos y separados. La manera más común de proceder es la siguiente: otorgamiento de escritura pública de compraventa seguida de la redacción de otro documento, ahora de carácter privado, en el que las partes suscriben el acuerdo o pacto fiduciario, manifestando cuáles son los fines realmente perseguidos mediante la transmisión de la propiedad y la obligación del fiduciario de retransmitir cuando dichos fines se hayan cumplido. En este sentido, Rubio Torrano ha señalado que «todos los supuestos sobre los que se ha elaborado la doctrina jurisprudencial relativa al carácter fiduciario de la venta en garantía han operado sobre la base no de un retracto convencional, tal y como lo define el artículo 1507 del Código Civil, sino más bien sobre la existencia de una primera compraventa a la que posteriormente se le ha añadido un nuevo documento que trata de fijar el alcance y significado del primer negocio»²³.

4. CLASES

Con apoyo en la fiducia del Derecho Romano, y en atención a la distinta finalidad pretendida, se distinguen dos especies dentro del género del negocio fiduciario, la fiducia *cum amico* y la fiducia *cum*

²² ALBALADEJO, «El llamado...», cit., pp. 665-666. En el mismo sentido, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *op. cit.*, pp. 217-220.

²³ RUBIO TORRANO, *El pacto de retroventa*, Madrid, 1990, pp. 162, 169 y 175, y también en *Comentario del Código Civil*, dirigido por BERCOVITZ, Díez-PICAZO, PAZ-ARES y SALVADOR CODERCH, II, Madrid, 1991, p. 991. Cfr. ARECHEDERRA ARANZADI, *op. cit.*, p. 446; CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1772-1773; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «Problemas que suscita la “venta en garantía” en relación con los procedimientos de ejecución del deudor», *RCDI*, 1973, pp. 48, 51, nota 7 y 52; Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 48; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 110, 131 y 293; GULLÓN, *op. cit.*, p. 130; MARÍN LÓPEZ, «La transmisión...», cit., p. 612; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.*, p. 57; RODRÍGUEZ ADRADOS, «Escrituras, contraescrituras y terceros», *AAMN*, 1959, pp. 245, 354 y 357; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Madrid, 1998, pp. 160, 163-164, 204, 220 y 274; SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pp. 133, 134, 144, 161, 163 y 168. Respecto del contenido, no siempre homogéneo, del pacto fiduciario, así como de los distintos procedimientos formales empleados para articular la compleja estructura del negocio fiduciario (a saber: transmisión en documento privado y acuerdo de retransmisión verbal; transmisión en escritura pública y pacto fiduciario verbal; transmisión en escritura pública y acuerdo de retransmisión también otorgado, pero separadamente, en otra escritura pública; y, por último, el más común, transmisión en escritura pública y pacto fiduciario confinado en un simple documento privado), cfr., con mayor detalle, MARTÍN LEÓN, *op. cit.*, pp. 40-48.

*creditore*²⁴. Mientras que los negocios fiduciarios *cum creditore* se celebran para garantizar el pago de un crédito (la situación fiduciaria se impone por el fiduciario, y en su exclusivo provecho, como acreedor que obtiene de este modo una enérgica garantía), en los negocios fiduciarios *cum amico*, el fiduciario actúa a la conveniencia del fiduciante, pues la situación fiduciaria es creada en interés de este último y se justifica en formas de favor o de complacencia.

El negocio fiduciario consiste, pues, en la transmisión de la propiedad realizada con la finalidad de garantía o de administración. En la fiducia *cum creditore*, la transmisión se efectúa para asegurar el cobro de un crédito, de forma que el fiduciario debe retransmitir el bien al fiduciante cuando éste haya pagado la deuda. La llamada venta en garantía es el supuesto más frecuente de este tipo de fiducia. En la fiducia *cum amico*, el fiduciante transmite un bien al fiduciario, que se obliga a retransmitirlo cuando aquél se lo exija²⁵.

5. NEGOCIOS FIDUCIARIOS Y SIMULACIÓN

La relación entre los negocios fiduciarios y los simulados se ha venido caracterizando por la radical contraposición entre los pareceres de la jurisprudencia y de la doctrina científica. Mientras que lo más usual dentro de la primera ha sido distinguir los negocios fiduciarios de los simulados²⁶, la segunda ha optado mayoritariamente por su equiparación. No obstante, la jurisprudencia ha experimentado una notable evolución. Si bien la orientación tradicional de nuestro Tribunal Supremo ha sido negar que en el negocio fiduciario haya simulación, ni absoluta, ni relativa, sino que se trata de un

²⁴ Cfr. Grosso, «Fiducia (diritto romano)», en *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Milano, 1968, pp. 384 ss. Frente a la orientación tradicional, que incluye ambas figuras como simples especies de una misma categoría unitaria [por todos, JORDANO BAREA, «El negocio fiduciario (Introducción)», *RDP*, 1958, pp. 214-216], en la actualidad predomina el planteamiento opuesto, esto es, negar que el negocio fiduciario constituya una categoría unitaria e indiferenciada debido a la diversidad de funciones que desempeña (DE CASTRO, *op. cit.*, p. 408, a quien siguen CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1791; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.*, pp. 48-50). Sobre el distinto grado de confianza existente en ambas figuras, de modo que se considera que la fiducia *cum amico* es la forma pura o genuina del negocio fiduciario: SSTS 27 julio 2006, 13 julio 2009 y 1 diciembre 2010. En doctrina, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1791. Se ha llegado incluso a señalar que la confianza del fiduciante en el fiduciario, nota característica de la fiducia *cum amico*, es anómala en la fiducia *cum creditore* (DURÁN RIVACOBIA, *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Pamplona, 1998, pp. 135-136, nota 31 y 169; GRASSETTI, «Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico», *RDCO*, 1936, I, p. 364).

²⁵ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1792, advierte sobre la importancia de no generalizar, de no hablar del negocio fiduciario en sentido unívoco, generalmente identificado con la fiducia *cum creditore*.

²⁶ Como bien indica GARRIGUES, *op. cit.*, p. 33, la «preocupación primordial» de nuestro Tribunal Supremo ha sido la de «separar los negocios fiduciarios de los negocios simulados».

negocio verdadero y querido²⁷, en los últimos tiempos parece estar produciéndose un cambio de criterio jurisprudencial en el sentido de equiparar negocios fiduciarios y simulados relativamente²⁸.

La doctrina científica, que en un primer momento se mostró partidaria de la distinción entre fiducia y simulación, es decir, que el primer fenómeno no implicaba con carácter necesario el segundo²⁹,

²⁷ SSTS 28 enero 1946, 23 febrero 1951, 8 marzo 1963, 4 abril 1972, 2 junio 1982, 25 febrero 1988, 7 marzo 1990, 30 enero 1991 y 6 julio 1992. Sobre las diferencias entre fiducia y simulación pueden verse las SSTS 28 octubre 1988 y 17 septiembre 2002, que siguen la doctrina propugnada por FERRARA, *op. cit.*, pp. 82-95. Ya en su momento, GRASSETTI, *op. cit.*, p. 356, puso de manifiesto que las consideraciones de FERRARA acerca de la distinción entre fiducia y simulación sólo eran predicables respecto de la simulación absoluta. Una acertada crítica de las presuntas notas diferenciales entre fiducia y simulación relativa puede verse en ALBALADEJO, «El llamado...», *cit.*, pp. 666-667; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *op. cit.*, pp. 217-220; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «Comentario a la STS de 20 diciembre 2007», *CCJC*, 2008, pp. 1267 y 1271; RIVERA FERNÁNDEZ, «Comentario a la STS de 3 diciembre 1996», *CCJC*, 1997, p. 357.

²⁸ Cfr. SSTS 13 julio 1999, 16 mayo 2000, 17 julio 2001, 23 abril 2004, 10 y 11 febrero 2005, 9 marzo 2006 y 18 junio 2009. Advierten sobre la existencia en este punto de un cambio de criterio por parte del Tribunal Supremo, ALBALADEJO, *La simulación*, Madrid, 2005, pp. 89, 92 y 99-109; O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, I, Madrid, 2009, pp. 392-393. Pero existen precedentes más antiguos en este sentido: la STS 25 mayo 1944, una de las primeras en admitir como categoría autónoma el negocio fiduciario (definido como figura jurídica que provoca una discordancia entre el medio jurídico y el fin propuesto), lo colocaba en un plano de semejanza con el negocio relativamente simulado (definido como figura jurídica que genera una incongruencia entre la causa expresada y la verdadera). La STS 25 septiembre 1956 contiene una declaración trascendente en este sentido, pues afirma que «la relación jurídica compleja del negocio fiduciario “inter partes”, o más bien, y sobre todo respecto de terceros [se configura como], un negocio relativamente simulado con la secuela de que, el vínculo obligacional objeto de la fiducia, o el encubierta por simulación, sería el único eficaz ante el derecho». Otra sentencia en la que el Alto Tribunal optó sin ambages por la equiparación entre fiducia y simulación relativa es la STS 21 marzo 1969. Véase también STS 11 octubre 1990. La antes citada STS 20 mayo 1986, que señala la necesidad de que en el negocio fiduciario coexistan dos convenciones, una exteriorizada y otra no exteriorizada, aun sin identificar expresamente fiducia y simulación relativa, aproxima en grado sumo ambos fenómenos jurídicos; dando un paso más, las SSTS 23 abril 2004 y 11 febrero 2005, configuran el negocio fiduciario como un supuesto de discordancia entre las voluntades internas y las declaradas, esto es, de simulación. En la llamada jurisprudencia menor se pueden también encontrar declaraciones en orden a equiparar fiducia y simulación relativa: SSAP Cáceres 12 diciembre 1983 (*RGD* 1984, pp. 1495 ss.), Girona 10 junio 1994 (*AC* 1994, 1086), Cádiz 10 enero 2001 (*AC* 2001, 1813), Zaragoza 20 octubre 2005 (*AC* 2005, 1769), Barcelona 30 octubre 2006 (*JUR* 2007, 195758), Córdoba 22 enero 2008 (*JUR* 2008, 218178) y Madrid 18 junio 2010 (*AC* 2010, 1255).

²⁹ CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 57; CASTÁN, *op. cit.*, pp. 717 y 752; Cossío, *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1991, pp. 290 ss.; GARCÍA GARCÍA, «El concepto de negocio jurídico como concepto unitario, sincrético y jurídico», en *Libro-Homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Madrid, 1998, p. 69; GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 248 y 260; GÓMEZ GÁLLIGO, «Titularidades fiduciarias», *Act. Civ.*, 1992, pp. 535, 536 y 549; JORDANO BAREA, «Naturaleza...», *cit.*, pp. 829; ID., «Negocio fiduciario...», *cit.*, pp. 1024, 1026 y 1030-1032; NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, Barcelona, 1950, pp. 140 ss.; PANTALEÓN PRIETO, «Negocio fiduciario», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, 1995, pp. 4408-4409; RODRÍGUEZ-ROSADO, *op. cit.*, pp. 107, 163-167, 258 y 273; ROSEMBUIJ, *El fraude de ley y el abuso de las formas en el Derecho tributario*, Madrid, 1994, pp. 232-234; SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pp. 159-161; SOTO NIETO, *op. cit.*, pp. 544-545; VERDERA TUELLS, «Algunos aspectos de la simulación», *ADC*, 1950, pp. 35-38. Dentro de esta orientación doctrinal que propugna la distinción entre los negocios fiduciarios y los simulados destacan, por su detallado razonamiento y por la fijación de notas diferenciales

a día de hoy se decanta por su equiparación. Como en tantas otras ocasiones, el brillante iniciador de esta corriente fue De Castro³⁰. Ya desde un primer momento, se puso de relieve que De Castro aproximaba o identificaba, por lo menos en cuanto a sus efectos, el negocio fiduciario con el negocio relativamente simulado³¹, mas, con posterioridad, se ha interpretado que el citado autor no se limitó a equiparlos en cuanto a su eficacia, sino también en cuanto a su estructura³².

entre fiducia y simulación relativa, HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 700; LACRUZ, *Elementos...*, II-2.º, cit., p. 191. No obstante, a nuestro juicio, es muy significativo que algunos de estos autores, cuando se enfrentan a la ardua tarea de tratar de distinguir los negocios fiduciarios de los simulados, realizan una aproximación tal que dista poco de su plena equiparación. Nos estamos refiriendo en particular a SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pp. 159-161, y también a LACRUZ, *Elementos...*, II-2.º, cit., pp. 190-191. Este último señala que tanto en la simulación relativa como en la fiducia faltan elementos esenciales del negocio típico adoptado, y que en la venta en garantía no hay tal venta, que no es sino un negocio «aparente», pero no simulado. Con todo, se observa que a juicio de este autor existen grandes similitudes entre el negocio fiduciario y el simulado relativamente (falta de elementos esenciales en el negocio-medio y creación de una apariencia negocial diversa del verdadero propósito perseguido). Para una acertada crítica del intento de diferenciación entre fiducia y simulación relativa que realiza LACRUZ, véase CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *op. cit.*, pp. 218-220.

³⁰ Lo que ocurre es que su exposición es tan densa y plagada de tantos matices que no es extraño que haya generado distintas interpretaciones. A nuestro juicio, sus planteamientos no han sido del todo entendidos y llevados a sus últimas consecuencias hasta fechas relativamente recientes.

³¹ Por todos, GULLÓN, *op. cit.*, p. 134.

³² Cfr. ALBALADEJO, «El llamado...», cit., pp. 664-665; FELIÚ REY, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, 1995, pp. 107-110. La tesis de DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 408-409 y 423, es que, ante la falta de un mecanismo abstracto de transmisión del dominio en el Derecho español, que dé cauce al negocio fiduciario, los particulares se ven forzados a recurrir a tal fin a alguno de los contratos típicos traslativos (v.gr., compraventa), lo que implica irremisiblemente la existencia de simulación relativa. Literalmente afirma: «En un Derecho causalista, como el español, que no admite el negocio abstracto, los llamados negocios fiduciarios se manifiestan en dos momentos: el contrato de compraventa, por ejemplo, simulado o con causa falsa (falta de precio), y los pactos disimulados, también, por ejemplo, de garantía o mandato. Su verdadera singularidad se encuentra en que el supuesto adquirente (comprador) aparece como titular dominical, por obra del verdadero dueño, que le confía tal titularidad para conseguir un fin determinado». En otro lugar, se hace aún más explícito su pensamiento: «Si se analiza la venta en garantía, la realidad que ofrece es más simple y más compleja de lo que se nos ha dicho. Nos encontramos ante una escritura de venta. No frente a una “mancipatio” o al “contrato transmisivo” alemán. Por ello, la venta, como contrato causal y no abstracto, requiere una causa. Al no haber precio, el negocio de compraventa se revela como contrato simulado. Por mucha fuerza taumatúrgica que se vea en el término negocio fiduciario, nunca llegará hasta convertir lo falso en verdadero. Puede la compraventa encubrir otro negocio. Este negocio disimulado será el de garantía»; por lo que, concluye: «Eliminada la compraventa como tal título transmisivo, por ser simulada e inexistente, queda como único título el disimulado de garantía o de mandato». DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 329 y 409 ss., concibe, pues, el negocio fiduciario como el fruto de la combinación de un negocio transmisivo externo (por antonomasia, compraventa) y un pacto fiduciario, de carácter necesariamente «interno» y «oculto» (pp. 418, 423, texto y nota 163, 424, nota 164 y 431), por lo que, los negocios fiduciarios, al igual que los simulados, no son tipos negociales propios y específicos, sino negocios anómalos, o mejor, simples procedimientos anómalos y deformadores de negocios típicos (pp. 329, 409 y 418). El siguiente autor que admitió la existencia de simulación relativa en la fiducia fue DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *op. cit.*, pp. 50, 54 y 59. Más adelante, sobresalen las aportaciones de ALBALADEJO y CLAVERÍA. Según el primero («El llamado...», cit., pp. 663 ss.), el negocio fiduciario carece de exis-

A nuestro juicio, la abstracción es un presupuesto esencial de la fiducia verdadera y propia. Debido a la abstracción del negocio transmisivo, éste se puede separar del pacto fiduciario, del pacto que contiene la finalidad fiduciaria: la transmisión de la propiedad se produciría así de modo completo y definitivo, al independizarse del pacto fiduciario. La abstracción del negocio transmisivo provoca la separación entre los dos elementos que integran el complejo fiduciario (transmisión de la propiedad y pacto fiduciario), y, lo que es más importante, en virtud de tal escisión, el negocio abstracto conferiría una titularidad puramente exterior, sin resultar por ello un negocio simulado; en consecuencia, fuera de los casos en que el Ordenamiento jurídico permita una plena independencia entre el lado exterior y el lado interior de la relación, el empleo de un negocio que respecto a terceros aparece confiriendo una titularidad mayor que la realmente querida por las partes, constituiría,

tencia autónoma, no es sino un caso de simulación relativa: el negocio fiduciario se compone de dos partes, una externa y ostensible (transmisión del derecho) y otra interna, limitativa de la primera y que necesariamente debe mantenerse oculta, pues, en otro caso, no existiría fiducia. CLAVERÍA GOSÁLBEZ (*op. cit.*, p. 219; ID., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, XVII-1.º-B, Madrid, 1993, p. 603; ID., «Comentario a la STS de 15 junio 1999», *CCJC*, 1999, p. 1249; ID., «notas sobre el denominado negocio jurídico fiduciario», *RGLJ*, 2012, pp. 541 ss.) se muestra favorable a la inclusión del negocio fiduciario dentro de la categoría de los negocios simulados relativamente, pues si bien todo negocio fiduciario es un caso de simulación relativa, no todos los negocios simulados son fiduciarios, sino que entre ellos existe una relación de género y especie. A su juicio, todo negocio fiduciario constituye un supuesto de simulación relativa porque se exterioriza una voluntad sobre una causa que no se corresponde exactamente con la causa real pretendida; además, no es correcto afirmar que el negocio simulado no es querido por las partes, mientras que el fiduciario sí lo es, porque este último presenta una parte externa (al igual que sucede en la simulación relativa) no querida por las partes, no siendo lógico sostener que se quiere pero con una función más limitada, porque, entonces, no se quiere del todo, y, en consecuencia, habría simulación. Se adhieren a esta tesis, y, con unos u otros matices sostienen que los negocios fiduciarios son negocios simulados relativamente: BAYOD LÓPEZ, «Comentario a la STS de 23 septiembre 2002», *CCJC*, 2003, p. 152; BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Comentarios al Código Civil*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, CIZUR MENOR (Navarra), 2006, p. 1530; CARAMÉS PUENTES, «Algunas garantías inmobiliarias atípicas o indirectas», en *Revista de la Universidad de Deusto*, 1981, pp. 137 ss.; DE LA IGLESIA MONJE, «El pacto de retroventa. Sus relaciones con el negocio fiduciario y con el negocio simulado (Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado)», *RCDI*, 1998, pp. 67, 81 y 112; DE LOS MOZOS, «Negocio fiduciario», *La Ley*, 1986, p. 1029; DURÁN RIVACOBA, *op. cit.*, pp. 150 ss.; GARCÍA PRESAS, «Comentario a la STS de 2 marzo 2009», *CCJC*, 2009, pp. 1310 y 1313; GINEBRA MOLINS, «Comentario a la STS de 1 febrero 2002», *CCJC*, 2002, p. 761; FELIÚ REY, *op. cit.*, pp. 108 ss.; FUENTESECA, *op. cit.*, pp. 63-65, 77, 83 y 195 ss.; INFANTE RUIZ, «La causa de la venta en garantía y su extinción. Comentario a la Sentencia del TS de 9 diciembre 1998», *RDP*, 1999, n.º 3, pp. 456-457; LLORENTE SAN SEGUNDO, *op. cit.*, pp. 165, nota 144, 173, texto y nota 188, 177 y 183; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, *La reserva de dominio en la quiebra*, Madrid, 1997, pp. 342, 345, 348 y 358, nota 59; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pp. 1264-1276; MARÍN LÓPEZ, «La transmisión...», *cit.*, pp. 612, 617, 628 y 632; MARTÍNEZ ROSADO, «Consideraciones en torno a modernas figuras de garantía: las reservas de dominio complejas», *RDP*, 2003, pp. 489, 494 y 506; NAVARRO PÉREZ, *La compraventa civil*, Granada,

siempre, simulación³³. El Derecho español no reconoce un negocio general y abstracto para la transmisión del dominio, sino sólo contratos concretos que constituyen causa de la tradición *ex* artículo 609 CC. Ante la falta de un mecanismo abstracto de transmisión del dominio, es decir, basado únicamente en la concorde voluntad

1993, pp. 107 y 109; O'CALLAGHAN, *op. cit.*, pp. 391-392; PARA MARTÍN, «En torno a la fiducia "cum creditore"», en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, I, Madrid, 2003, pp. 725, 726 y 736; RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho civil: obligaciones y contratos*, Madrid, 2000, p. 220; REDONDO TRIGO, «El pacto marciano, el pacto *ex intervallo* y la fiducia *cum creditore* en las garantías financieras del Real Decreto-Ley 5/2005», *RCDI*, 2007, p. 373; REGLERO CAMPOS, «El pacto comisorio», *AC*, 2007, pp. 1923 y 1931; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 357 y 359; ROCA TRÍAS, «Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantía», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, I, coordinado por NIETO CAROL Y BONET SÁNCHEZ, Madrid, 1996, p. 160; RODRÍGUEZ PRIETO, «Sobre el pacto comisorio», *La Notaría*, 2005, n.º 15, p. 53; SERRANO GARCÍA, «Comentario a la STS de 5 abril 1993», *CCJC*, 1993, p. 352; VEIGA COPO, *Los privilegios concursales*, Granada, 2006, pp. 178, 183 y 185. Aun sin equipararlos de un modo explícito, algunos autores aproximan de forma considerable el negocio fiduciario al negocio simulado relativamente. Es el caso de MORALES MORENO, «La inscripción y el justo título de usucapión», *ADC*, 1971, p. 1131, quien considera que tanto el negocio simulado relativamente como el negocio fiduciario provocan «una discordancia entre el título formal escriturario y lo verdaderamente querido por las partes en el acto transmisivo». Este mismo autor, en otra obra (*Poseción y usucapión*, Madrid, 1972, pp. 100 y 146), señala que en los negocios fiduciarios, al igual que en los simulados relativamente, para fijar el verdadero título posesorio a efectos de usucapión hay que tener en cuenta la causa verdadera del negocio, pues desde ella se configura el concepto posesorio excluyendo el señalado por el título aparente. VIVAS TESÓN, «El negocio fiduciario como negocio jurídico simulado relativamente. La compraventa con pacto de retro como negocio simulador. Comentario a la Sentencia del TS de 15 junio 1999», *RDP*, 2000, n.º 4, pp. 206-207, aproxima bastante el negocio simulado (concebido como divergencia entre la causa interna y la externa) al negocio fiduciario (en el que también concurren una causa interna y otra externa). JORDANO BAREA, que en principio defendió otras tesis acerca de la naturaleza del negocio fiduciario (fue partidario de la teoría del doble efecto, para después, ante la crítica de DE CASTRO, pasar a sostener la tesis de la transmisión formal o relativa), parece finalmente decantarse por la tesis de la simulación relativa del negocio fiduciario, pues «la titularidad fiduciaria es en definitiva una especie de titularidad aparente, puramente externa y formal, que envuelve un mandato o una garantía real», de modo que, en consecuencia, la fiducia *cum amico* no sería más que un mandato encubierto, y la fiducia *cum creditore*, una especie de prenda o hipoteca oculta («Las obligaciones solidarias», *ADC*, 1992, pp. 860-861).

³³ PESTALOZZA, «Simulazione», en *Enciclopedia Giuridica Italiana*, XV, 1925, pp. 745 ss. Sobre la conexión de la fiducia en Roma con los modos formales y abstractos de transmisión del dominio, *vid.* DE CASTRO, *op. cit.*, p. 396; GROSSO, *op. cit.*, p. 385; SEGRÉ, «Sul trasferimento di proprietà di merci a scopo di garanzia e sui suoi effetti nel caso di fallimento, in relazione alla riserva di dominio», en *Annuario di Diritto comparato e di studi legislativi del Galgano*, II-III, Roma, 1929, pp. 835 ss. Del mismo modo, el sistema alemán de transmisión abstracto del dominio ha favorecido la admisión de los negocios fiduciarios (cfr. BOUZA VIDAL, *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Madrid, 1991, p. 69; MÜHL, «Sicherungsübereignung, Sicherungsabrede und Sicherungszweck», en VV.AA., *Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1992, p. 288). Según KLEIN (citado por PUIG BRUTAU, «La relación fiduciaria», *RDP*, 1961, p. 1011, notas 9 y 12), el Derecho alemán, en el que la propiedad se transmite en virtud de un negocio abstracto, establece una separación tajante entre lo querido (asegurar una obligación) y lo efectuado (transmitir la propiedad de una cosa): en el Derecho alemán, la *causa fiduciae* funciona como causa de la atribución en el ámbito de un negocio abstracto de transmisión, del mismo modo que la *causa venditionis*. La transmisión se llevaría a cabo desvinculada de su causa, jugando ésta un papel secundario en materia de enriquecimiento injusto.

de adquirir y transmitir, que dé cauce al negocio fiduciario, las partes se ven impelidas a recurrir a alguno de los contratos traslativos típicos (v. gr., compraventa), lo que implica la existencia de simulación³⁴.

En nuestra opinión, los caracteres esenciales de la simulación, a saber: a) divergencia entre una declaración externa y otra interna u oculta; b) acuerdo simulatorio, es decir, acuerdo previo o simultáneo al negocio aparente, por el que se pacta la operación en su conjunto, que comprende la creación de una –falsa– apariencia y el ocultamiento o la desfiguración de las voluntades reales y del contenido de éstas; y, c) procedimiento destinado a escindir apariencia y realidad con fin de engaño a terceros, están presentes en la fiducia³⁵.

³⁴ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 406-409 y 423; Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 32; Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, pp. 511-512; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 109-110, 361-364, 373, 400-401 y 574. MORALES MORENO, *Poseción...*, cit., pp. 225 ss., señala que las diferencias entre un sistema transmisivo abstracto como el alemán y otro causal como el español se ponen de relieve en cuestiones tales como los negocios simulados, fiduciarios e indirectos.

³⁵ Compartimos el planteamiento de GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 370-374 y 573-575, quien en vez de intentar señalar las diferencias entre fiducia y simulación relativa, analiza las similitudes entre ambos fenómenos, llegando a la conclusión de que el grado de las mismas es tan elevado que aconseja su tratamiento unitario, esto es, considera que los elementos esenciales del fenómeno simulatorio se dan también en la fiducia, por lo que estima correcta la tesis que configura el negocio fiduciario como un simple supuesto de simulación relativa. Para un más detenido estudio de los caracteres esenciales de la fiducia, *vid.* MARTÍN LEÓN, *op. cit.* pp. 68 ss. No obstante, a modo de síntesis, dichos caracteres serían: a) divergencia entre una declaración externa y otra interna u oculta. Concebimos la fiducia al modo y manera de la simulación relativa, esto es, como contraste o divergencia entre dos declaraciones de voluntad, externa (la del negocio simulado, operante frente a terceros) e interna o contradeción (la del acuerdo o pacto fiduciario, operante entre las partes y en la que consta la auténtica voluntad). En este sentido, cfr. SSTS 20 mayo 1986, 23 abril 2004 y 11 febrero 2005. Cfr. ALBALADEJO, «El llamado...», cit., pp. 665 ss.; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa...*, cit., p. 219. b) El llamado acuerdo fiduciario es un simple acuerdo simulatorio, pues la declaración externa (transmitir la propiedad, por lo general, mediante compraventa) no coincide exactamente con la declaración interna (dar en garantía o en administración). La consideración del *pactum fiduciae* como un simple acuerdo simulatorio, bastante extendida en la doctrina italiana (por todos, y ya desde fechas muy lejanas, FADDA, «Vendita a scopo di garanzia», en *Annuario Critico di Giurisprudenza Pratica*, 1894, pp. 117 ss.) se está difundiendo también en nuestra doctrina (CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa...*, cit., p. 220; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *op. cit.*, p. 48; DE CASTRO, *op. cit.*, p. 424, nota 164; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 372). En jurisprudencia, STS 17 julio 2001, y también el antiguo precedente representado por la STS 10 marzo 1944. c) Procedimiento destinado a escindir apariencia y realidad con fin de engaño a terceros. Es esencial para que se dé la fiducia que no se trasluzca al exterior la verdadera finalidad perseguida por las partes. La coexistencia en la fiducia de dos declaraciones de voluntad divergentes, externa e interna, supone de modo necesario la creación de una apariencia que no se corresponde con la realidad. La misma idea de apariencia implica la de contradicción o desajuste con la situación o negocio real, mas, si ello es así, no parece que tenga demasiado sentido exigir como requisito autónomo, tanto de la fiducia como de la simulación, el fin de engaño a terceros, pues el mero hecho de la creación intencionada de una apariencia que no se corresponde con la realidad implica inexorablemente el fin de engaño (cfr. GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 372). En cuanto a la mentira, o, al menos, ocultamiento, como característica esencial del negocio fiduciario, cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa...*, cit., p. 219; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 408, 418, 423, 424, nota 164 y 431.

6. NEGOCIO FIDUCIARIO Y TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD: LA CAUSA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

Como pone de manifiesto Cámara Lapuente, el «nudo gordiano» del negocio fiduciario se encuentra en decidir si hay o no transmisión de la propiedad³⁶, y, en caso afirmativo, añadiríamos nosotros, si se trata de una propiedad plena y ordinaria o de una propiedad en cierto modo especial³⁷.

Aunque se han propuesto distintas configuraciones de la causa del negocio fiduciario (causa de la obligación, causa de la atribución patrimonial, causa del negocio)³⁸, creemos que lo más correcto es considerarla causa del negocio³⁹ siguiendo, una vez más, el planteamiento de De Castro que, en resumidos términos, viene a ser el que sigue: siendo simulada o con causa falsa la compraventa (negocio-medio o negocio empleado fiduciariamente), la causa de la fiducia constará en el pacto fiduciario disimulado y consistirá, bien en proporcionar una seguridad de cobro al crédito (fiducia *cum creditore*), bien en conceder un poder de administración (fiducia *cum amico*)⁴⁰.

³⁶ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1781.

³⁷ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 35, indica que el «problema central» que plantea el negocio fiduciario «es siempre el de la naturaleza y alcance de la situación que el negocio proporciona al fiduciario: propiedad fiduciaria o titularidad fiduciaria».

³⁸ Una exposición general de la problemática causal del negocio fiduciario puede verse en GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 242-248. Para un análisis pormenorizado de la cuestión, GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 295-324 y 387-425; RODRÍGUEZ-ROSADO, *op. cit.*, pp. 59-103.

³⁹ Para la crítica de la *causa fiduciae* como causa de la obligación, cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 407-408, y los autores citados por MARTÍN LEÓN, *op. cit.* pp. 101-104. Para la crítica de la *causa fiduciae* como causa de la atribución patrimonial, cfr. GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 317-318 y 406-407. Véase también, GALICIA AIZPURUA, *Causa y garantía fiduciaria*, Valencia 2012.

⁴⁰ Esta configuración de la *causa fiduciae* como causa del negocio está sólidamente implantada, no sólo en la doctrina científica (ALBALADEJO, «El llamado...», *cit.*, pp. 673-674; AMORÓS GUARDIOLA, *Comentario del Código Civil*, dirigido por BERCOVITZ, DÍEZ-PICAZO, PAZ-ARES y SALVADOR CODERCH, II, Madrid, 1991, p. 486; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa...*, *cit.*, p. 220; DE LA IGLESIA MONJE, *op. cit.*, pp. 112-113; FUENTESECA, *op. cit.*, pp. 63-67 y 209-211; GINEBRA MOLINS, *op. cit.*, pp. 759-760; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 318-322; GONZÁLEZ-MENESES, «Sobre la llamada “causa fiduciae” (Divagaciones de un opositor aburrido)», *RJN*, 1994, enero-marzo, p. 429; INFANTE RUIZ, *op. cit.*, p. 457; MANZANARES SECADES, «Comentario a la STS de 11 abril 1988», *CCJC*, 1988, p. 415; PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*, p. 4408; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, Madrid, 1999, p. 355; REGLERO CAMPOS, *op. cit.*, pp. 1923 y 1931; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 358; ROCA TRÍAS, *op. cit.*, p. 160; VEIGA COPO, *op. cit.*, pp. 179 y 183), sino también en la jurisprudencia (cfr. SSTS 8 marzo 1963, 20 noviembre 1965, 20 enero y 25 marzo 1966, 28 febrero 1968, 8 marzo 1988, 30 enero 1991, 5 julio 1993, 26 abril 2001, 1 febrero y 4 diciembre 2002, 26 julio 2004, 30 mayo 2008 y 20 enero 2009). En realidad, la perspectiva más acertada es aquella que tiende a aunar o unificar las respectivas causas del negocio, de la obligación y de la atribución patrimonial en una sola. Partiendo de un concepto unitario de causa que engloba la causa de la obligación, la causa de la atribución patrimonial y la causa del negocio, se ha dicho que «si la atribución procede de un negocio, la causa justificativa de la atribución es también la causa justificativa de la obligación que antecede a dicha atribución y la causa de la tradición que provoca, en su caso, la transmisión

Mas, llegados a este punto, «el problema grave no consiste en articular la causa como “causa del contrato”, en el sentido de los artículos 1261 y 1274 CC, sino en articularla como causa de una especial transmisión de la propiedad»⁴¹. Sobre la eficacia transmisiva del negocio fiduciario se han formulado las siguientes teorías: teoría de la transmisión plena y definitiva; teoría de la transmisión formal; teoría de la transmisión temporal, y teoría negadora de cualquier tipo de transmisión.

Los partidarios de la llamada teoría del doble efecto sostienen que la propiedad se transfiere al fiduciario de forma plena y definitiva. El fiduciario sería el verdadero dueño con carácter *erga omnes*, es decir, no sólo en la relación externa (frente a terceros), sino también en la relación interna (frente al fiduciante). Se apoyan para ello en una *causa fiduciae* configurada como causa de la obligación, de carácter atípico, y considerada apta y suficiente para la transmisión del dominio⁴². A día de hoy, existe una casi total unanimidad doctrinal a la hora de criticar tanto el carácter pleno y definitivo de la transmisión de la propiedad como el artificio constructivo que supone la *causa fiduciae* atípica⁴³. El punto de partida común de las demás teorías consiste en la negación de la existencia de una transmisión plena y definitiva de la propiedad por el negocio fiduciario. Algunas de ellas sostienen que la transmisión es limitada, bien se trate de una transmisión formal, bien de una transmisión temporal. Otras, en cambio, niegan que se produzca cualquier tipo de transmisión.

Según la teoría de la transmisión formal, el fiduciario recibiría una propiedad formal, conservando el fiduciante la propiedad material. Esta teoría implica una especie de división o des-

o la constitución del derecho real: y tanto la atribución, como la tradición, como la obligación provienen de ese negocio, causa (...) justificativa de las tres». Se añade que «si tal negocio es un contrato, la causa de ese contrato (...) es, al mismo tiempo, causa de la obligación, de la tradición y de la atribución producidas por dicho contrato» (CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *Comentarios...*, cit., p. 561). O, de forma más sintética, «la misma razón que fundamenta y justifica el negocio transmisivo (contrato o promesa unilateral) es la que fundamenta y justifica también la obligación, la tradición y la atribución patrimonial subsiguientes». Por tanto, la causa es una sola, mas se proyecta, «a modo de cascada», sobre todas y cada una de las fases que integran el proceso transmisivo (ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *La causa y su operatividad en tema de atribuciones patrimoniales*, Sevilla, 1999, pp. 215-216).

⁴¹ Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 32, apreciación que comparte GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 400.

⁴² JORDANO BAREA, «Problemática del negocio fiduciario», *RDP*, 1958, pp. 521-532; RODRÍGUEZ-ROSADO, *op. cit.*, pp. 128, 135, 177, 203-204 y 252.

⁴³ Por todos, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1762, texto y nota 16, 1782, 1857 y 1858; PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*, p. 4408. Es bastante significativo que algunos de los iniciales y más autorizados defensores de la *causa fiduciae* atípica y de la transmisión plena de la propiedad se hayan retractado de sus antiguas opiniones (así, ALBALADEJO, «El llamado...», cit., pp. 663 ss.; JORDANO BAREA, «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria [Notas sobre la sentencia del T. S. de 16-V-1983 a la luz de la doctrina del Prof. Castro]», *ADC*, 1983, pp. 1435 ss.).

doblamiento en el derecho de propiedad: mientras que, en la relación interna, el fiduciante es el auténtico propietario, en la relación externa, el fiduciario aparece ante terceros como titular dominical. La propiedad del fiduciario no sería absoluta, sino relativa, en el sentido de externa o de cara a terceros⁴⁴.

Con arreglo a una tercera teoría, el negocio fiduciario no provoca una transmisión plena y definitiva de la propiedad, ni siquiera una transmisión meramente formal, sino que provoca una transmisión efectiva aunque de carácter temporal⁴⁵.

Existe una última teoría que se caracteriza por negar cualquier tipo de transmisión ya sea plena, formal o temporal. El efecto del negocio fiduciario no sería, pues, la transmisión de la propiedad, sino la creación de una titularidad fiduciaria, que es algo muy parecido, que no igual, a la titularidad aparente del que adquiere a través de un negocio simulado⁴⁶.

A nuestro juicio, no es posible admitir que el negocio fiduciario transmita la propiedad formal, sino que parece más lógico defender que, al tratarse de un negocio simulado relativamente, no se ha transmitido propiedad alguna. En efecto, si se entiende que el negocio fiduciario es un caso de simulación relativa, en el que, bajo un negocio simulado de carácter transmisivo, subyace un negocio disimula-

⁴⁴ Introducida en nuestro país por GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «El titular», *RCDI*, 1928, pp. 272 ss., se han adherido a ella, entre otros, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1795-1799 y 1810-1813; Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 511; GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, pp. 533 ss.; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pp. 695-696; JORDANO BAREA, «Mandato...», *cit.*, pp. 1435 ss. (rectificando su anterior posición); LACRUZ, *Elementos...*, II-2.º, *cit.*, pp. 190-193; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.*, pp. 49 y 55-65; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, *cit.*, pp. 467-468; SANCIÑENA ASURMENDI, *La usucapión inmobiliaria*, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 223. Se considera que la atípica *causa fiduciae*, que se identifica con el fin de garantía o de administración perseguidos, no provoca una verdadera y auténtica traslación dominical, sino que tiene una «limitada eficacia real», esto es, que sólo es apta para producir una transmisión formal, o, si se prefiere, para transmitir una propiedad o titularidad formal. Así, SSTS 8 marzo 1963, 28 diciembre 1973, 19 mayo y 2 junio 1982, 6 abril y 9 octubre 1987, 25 febrero y 8 marzo 1988, 19 mayo 1989, 7 marzo 1990, 30 enero 1991, 6 julio 1992, 14 julio 1994, 14 febrero y 3 diciembre 1996, 31 marzo y 27 julio 1999, 26 abril 2001, 1 febrero, 14 marzo y 4 diciembre 2002, 13 febrero, 15 julio, 17 septiembre y 31 octubre 2003, 26 julio 2004, 17 febrero 2005, 23 junio y 27 julio 2006, 27 febrero y 7 mayo 2007, 30 mayo 2008, 20 enero, 2 marzo y 13 julio 2009 y 1 diciembre 2010.

⁴⁵ DE GISPERT PASTOR, «Contrato de compraventa a carta de gracia. Sentencia de 23 de marzo de 1972», *RJC*, 1973, p. 116; MATEO Y VILLA, *op. cit.*, pp. 2630-2631 y 2675; ID., «De la fiducia garantía», en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, II, Navarra, 2008, pp. 1235-1237, 1252 y 1254; SOTO NIETO, *op. cit.*, pp. 541-542; VIDAL MARTÍNEZ, *La venta en garantía en el Derecho civil común español. Estudio jurisprudencial y ensayo de construcción doctrinal*, Madrid, 1990, pp. 224-227. La atípica *causa fiduciae* se entiende, pues, hábil y suficiente para producir una transmisión temporal. La STS 1 febrero 2002 habla de la existencia de una transmisión formal, negando que se produzca una transmisión definitiva, lo cual parece significar una implícita aceptación de la teoría de la transmisión temporal. Por su parte, la STS 23 abril 2004, después de aproximar el negocio fiduciario al simulado relativamente, considera que transmite una titularidad de carácter no sólo «formal», sino también «temporal».

⁴⁶ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 424 y 433.

do de garantía o de mandato, y que la causa de garantía o de mandato no es idónea para la transmisión del dominio, se debe concluir que el negocio fiduciario no transmite la propiedad en absoluto, ni entre las partes, ni frente a terceros⁴⁷: nos encontraríamos, pues, ante una transmisión aparente, falsa, fingida, presunta o simulada⁴⁸.

En cualquier caso, tiene especial interés para caracterizar la titularidad del fiduciario analizar si sirve para adquirir la propiedad de la cosa por usucapión; la usucapión constituye una magnífica piedra de toque para calibrar la funcionalidad de las distintas tesis acerca del negocio fiduciario⁴⁹. Así, el hecho de que el Tribunal Supremo (entre otras, SSTS 3 mayo 1955 y 10 noviembre 1958) haya manifestado que la posesión del fiduciario no es idónea para adquirir la propiedad por usucapión implica el abandono de las premisas de la teoría del doble efecto, ya que, con arreglo a ellas, el fiduciario es propietario pleno de la cosa, aunque sea con la obligación de restituirla⁵⁰. En cambio, la pretensión del fiduciario de haber usucapido la cosa dada en fiducia sería admisible tanto desde la tesis que equipara el negocio fiduciario con el simulado, como desde la teoría que sostiene el desdoblamiento de la propiedad en formal y material⁵¹.

⁴⁷ ALBALADEJO, «El llamado...», cit., pp. 666-668 y 674-675; ID., *La simulación*, cit., pp. 112-114; REGLERO CAMPOS, *op. cit.*, p. 1930; VEIGA COPO, *op. cit.*, pp. 177 y 184. La negación de cualquier tipo de efecto transmisivo (ya sea *inter partes* o frente a terceros) se encuentra también en autores que no equiparan fiducia y simulación relativa: PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*, p. 4408; SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pp. 186-187.

⁴⁸ ALBALADEJO, «El llamado...», cit., p. 666; ID., *La simulación*, cit., p. 112; CARAMÉS PUENTES, *op. cit.*, p. 139; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *op. cit.*, pp. 54 y 57; FELIÚ REY, *op. cit.*, pp. 120, 126 y 127; FUENTESECA, *op. cit.*, pp. 195-197 y 207; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 372-373, 548-549, 575, 581-582 y 587; LOBATO GARCÍA-MUJÁN, *op. cit.*, pp. 342, 347 y 348; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pp. 1268, 1274 y 1275; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 358-359; VEIGA COPO, *op. cit.*, p. 179. El Tribunal Supremo, incluso en aquellas ocasiones en que configura el negocio fiduciario con arreglo a la tesis del desdoblamiento de la propiedad en material y formal, considera que el negocio fiduciario transmite una propiedad formal, en el sentido de «aparente» (SSTS 31 octubre 2003, 23 junio y 27 julio 2006 y 7 mayo 2007). En la STS 25 marzo 1966, el Tribunal Supremo comenzó a considerar que el negocio fiduciario no producía la transmisión de la propiedad, ni plena ni formal, y ello sin llegar a afirmar que fuese un negocio simulado. Más adelante, la jurisprudencia se ha mostrado contraria a que el negocio fiduciario transmita la propiedad, sobre todo, con base en la existencia de simulación (SSTS 21 marzo 1969, 5 julio 1982, 22 diciembre 1988, 13 julio 1999, 16 mayo 2000, 17 julio 2001 y 10 febrero 2005). Puede verse un estudio más detenido de las razones por las que la jurisprudencia niega el efecto transmisivo de la propiedad en la fiducia en MARTÍN LEÓN, *op. cit.* pp. 125 ss.

⁴⁹ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 434 y 436, quien añade que «más que otro aspecto de la eficacia de la titularidad fiduciaria, ha preocupado en la práctica su significado para la prescripción».

⁵⁰ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.*, p. 58. De hecho, DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 434 ss., alude a las SSTS 3 mayo 1955 y 10 noviembre 1958 como unas de las más significativas a la hora de resolver las cuestiones planteadas en contradicción con la teoría del doble efecto.

⁵¹ Cfr. JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., pp. 1447 ss.; RODRÍGUEZ-ROSADO, *op. cit.*, pp. 143-144.

II. NEGOCIOS FIDUCIARIOS Y USUCAPIÓN ORDINARIA

1. NEGOCIO FIDUCIARIO *CUM CREDITORE* Y USUCAPIÓN ORDINARIA

La usucapión ordinaria es un modo de adquirir la propiedad y demás derechos sobre los bienes mediante la posesión, con buena fe y justo título, de la cosa durante el tiempo y con los requisitos que exigen los artículos 1941, 1955 y 1957 CC.

En este apartado vamos a analizar, entre otros aspectos, si el negocio fiduciario *cum creditore* es un justo título, verdadero y válido para la usucapión ordinaria, y si el fiduciario puede ser considerado poseedor de buena fe y en concepto de dueño.

En nuestra opinión, el negocio fiduciario constituye un supuesto de simulación relativa, en el que bajo la apariencia de un contrato típico traslativo simulado se oculta el negocio verdaderamente querido, pero disimulado, que no es otro sino un negocio de garantía no transmisivo del dominio. Existe unanimidad en orden a considerar que el título simulado, en los casos de simulación relativa, no es apto para la usucapión ordinaria (no es justo, ni verdadero, ni válido)⁵², unanimidad que, a pesar de algunos pareceres diversos, prácticamente se mantiene a la hora de estimar idóneo a tales efectos al título disimulado⁵³.

⁵² Sobre esta cuestión, cfr. MARTÍN LEÓN, «Negocios simulados y usucapión», *ADC*, 2011, p. 658, texto y nota 62, y autores allí citados. *Vid.* SSTS 14 octubre 1960, 13 mayo 1963, 11 diciembre 1965, 16 abril 1990, 20 octubre 1992 y 25 junio 2003. En concreto, la STS 16 abril 1990 contiene una recapitulación de los diversos motivos por los que no procede la usucapión ordinaria en los contratos absolutamente simulados, que es extensible al contrato simulado en la simulación relativa: 1.º, porque no puede ser justo título el contrato no traslativo del dominio, ni, por tanto, el contrato radicalmente nulo por simulado; 2.º, porque el título absolutamente simulado no es verdadero ni válido; y 3.º, porque no cabe considerar como poseedor de buena fe a quien conoce que su posesión emana de un acto jurídico ineficaz, dado que, según lo establecido por el artículo 433 CC, la buena fe se identifica con la ignorancia de la existencia de vicios en el título de adquisición.

⁵³ ALAS, DE BUEN Y RAMOS, *De la usucapión*, Madrid, 1916, pp. 203-204; BUSTO LAGO, *La usucapión de la titularidad de la servidumbre predial de paso*, Madrid, 2000, pp. 116 y 119; DE BUEN, *Notas al Curso elemental de Derecho civil*, II-2.º, de Colin y Capitant, Madrid, 1923, p. 995; DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, III, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 830; DíEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid, 2001, p. 129; ESPÍN CÁNOVAS, «Función del justo título en la adquisición de derecho por usucapión», *RDP*, 1968, p. 837; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, «El justo título para usucapir», *RCDI*, 2009, p. 494; GUTIÉRREZ PEÑA, *Notas de la usucapión, prescripción extintiva y caducidad*, Madrid, 2008, pp. 134 y 135; HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, Madrid, 1980, p. 522; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, III-1.º, Barcelona, 1990, pp. 209 y 212, nota 27; LUNA SERRANO, *Comentario del Código Civil*, dirigido por BERCOVITZ, DíEZ-PICAZO, PAZ-ARES y SALVADOR CODERCH, II, Madrid, 1991, pp. 2129-2130; MACÍA MORILLO, «La usucapión *secundum tabulas*. El artículo 35 de la Ley Hipotecaria», *RCDI*, 2001, p. 468, nota 16; MORALES MORENO, *Posesión...*, cit., pp. 145-146; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 213; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología del justo título en la usucapión. Crónica de una cuestión pendiente», *ADC*, 2001, pp. 586-587. De forma

1.1 El negocio fiduciario *cum creditore* como título para la usucapión ordinaria

1.1.1 *Justicia. La inscripción como justo título para la usucapión*

Según el artículo 1952 CC, se entiende por justo título el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate⁵⁴. Justo no significa, como equivocadamente pudiera creerse, «conforme a la justicia»⁵⁵, sino adecuado según su tipo para transmitir la propiedad o derecho real de que se trate; en consecuencia, aunque nuestro Código, fiel a la tradición romanista, continúa hablando de «justo título», sería preferible que emulase al Código Civil italiano de 1942, que en su artículo 1159 no se refiere ya a un «justo» título, sino a un título que sea «idóneo» para transferir la propiedad⁵⁶.

No obstante, la terminología empleada no es tan arbitraria como en un principio podría parecer. En efecto, la noción de justo título tiene sus antecedentes en la *iusta causa usucapionis*, la cual en Derecho romano clásico expresaba un modo de adquisición de la posesión no lesivo de una posesión ajena: si la usucapión era un medio de adquirir la propiedad a través de la posesión, debía originarse de tal modo que no implicase una lesión a la posesión de otro. En la época preclásica, este requisito se entendía cumplido siempre que no se incurriese en *furtum* o usurpación. En cambio, el Derecho clásico, para establecer la ausencia de lesión de otro en la toma de posesión, exigía una relación positiva que justificase la toma de posesión, una relación con el antiguo poseedor de la cual se deduzca una intrínseca exclusión de la voluntad de lesionar a otro: ésta es la *iusta causa possidendi* o *usucapionis*. Así, de un concepto meramente negativo de posesión no viciosa (ausencia de *furtum*), se pasa a un concepto positivo de posesión con justa causa. En el Derecho justiniano se produce un desdoblamiento de la *iusta causa*, entendida como título, y la buena fe, como actitud psicológica y comportamiento ético del poseedor. El calificativo de

aislada, algunos autores sostienen que el negocio disimulado no es apto para la usucapión ordinaria, pues estiman que no es un título verdadero (DURÁN RIVACOBÁ, *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, 1.ª ed., Pamplona, 1995, p. 178, y 2ª ed., Cizur Menor [Navarra], 2003, pp. 217-218; DE LOS MOZOS, *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, p. 230).

⁵⁴ Se ha dicho que tal precepto no es del todo correcto, pues, en virtud del sistema de transmisión de los derechos reales acogido en nuestro Derecho, el título no es por sí sólo suficiente para la adquisición (HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, cit., p. 502). Cfr. ALBALADEJO, *La usucapión*, Madrid, 2004, p. 84; MIQUEL, «Justo título», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, 1995, pp. 3903-3904.

⁵⁵ MIQUEL, *op. cit.*, p. 3904; YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 576.

⁵⁶ Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 836; YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pp. 559-560.

«justo» pasa de la causa al título; la *iusta causa* o *iustus titulus* deja de ser la relación con el poseedor de la cual se deduce el carácter no lesivo de la posesión para convertirse en un hecho abstractamente apto para transmitir el derecho⁵⁷. Por otra parte, para Pothier el justo título para la usucapión era «un contrato u otro acto que es de naturaleza tal que es apto para transmitir la propiedad por la tradición que se hace en consecuencia (...). Estos títulos son llamados justos títulos porque siendo por su naturaleza traslativos de la propiedad, dan un justo motivo a quienes adquieren la posesión de una cosa por esos títulos para creerse propietarios de ella, no habiendo podido adivinar que la persona de quien han adquirido la cosa y a quien veían en la propiedad de la cosa no fuera propietario de la misma»⁵⁸. Como hemos señalado, justo título quiere decir adecuado según su tipo para transmitir⁵⁹, o mejor aún, idóneo o apto, potencialmente o en abstracto, para transmitir el derecho real⁶⁰. El título ha de ser bastante, en abstracto, para operar la transmisión, aunque en concreto, por los defectos concurrentes, no se opere la misma: el título de adquisición será justo si es de naturaleza traslativa⁶¹. Si, en concreto, no se produce la efectiva transmisión del derecho es por una razón externa al título en sí mismo considerado, que radica en la falta de titularidad o poder de disposición del transmitente; con gran rigor, se ha afirmado que «el

⁵⁷ BONFANTE, «La iusta causa dell' usucapione e il suo rapporto colla "bona fides"», en *Scritti giuridici vari*, II, Torino, 1926, pp. 469 ss. Sobre la exposición de BONFANTE, cfr. BADOSA COLL, «Justo título», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XIV, Barcelona, 1978, pp. 662-663; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pp. 825-826; HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, cit., pp. 503-504. En cuanto al proceso en cuya virtud la *iusta causa usucapionis* se convierte en *iustus titulus*, vid. D'ORS, «Titulus», *AHDE*, 1953, pp. 495 ss. Según ALBALADEJO, *La usucapión*, cit., p. 84, la posesión adquirida en virtud de un justo título debe calificarse también como «justa».

⁵⁸ POTHIER, *Oeuvres. Traité de la prescription*, IX, Paris, 1861, p. 337. Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 826; MORALES MORENO, *Poseción...*, cit., p. 85, nota 38. Como bien dice LACRUZ, *Elementos...*, III-1.º, cit., p. 206, los plazos de la usucapión se acortan si el poseedor lo es de buena fe y tiene justo título pues, en tal caso, el legislador ha tenido en cuenta la «especial situación de quien tiene todas las razones para creerse propietario».

⁵⁹ GORDILLO CAÑAS, «Comentario a la STS de 28 diciembre 2001», *CCJC*, 2002, p. 433; LACRUZ, *Elementos...*, III-1.º, cit., p. 210; LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2130; MIQUEL, *op. cit.*, p. 3904; MORALES MORENO, *Poseción...*, cit., p. 85, nota 38.

⁶⁰ ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, XXV-1.º, Madrid, 1993, pp. 311-312 y 322-323; BADOSA COLL, *op. cit.*, pp. 673-674 y 711; CARRASCO PERERA, «Comentario a la STS de 10 julio 1987», *CCJC*, 1987, p. 4805; ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 836; HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, cit., p. 523; LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 2123, 2127, 2129, 2130 y 2133; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995, p. 181; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, p. 535; YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pp. 560-561 y 576.

⁶¹ ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 836. La jurisprudencia concibe el justo título como aquél que por su naturaleza es capaz de transferir el dominio (SSTS 30 marzo 1943, 29 diciembre 1959 y 28 noviembre 1983), o, mejor aún, aquél que «como tal y en abstracto, es idóneo para la transmisión del derecho de propiedad u otro derecho real» (STS 23 junio 1998).

defecto de la transmisión no yace en el título sino fuera de él», pues la usucapión ordinaria «no subsana un defecto del título» sino «la falta de propiedad del tradente» que «no es un defecto del título, sino de la transmisión de la propiedad por tradición»⁶². Justo título quiere significar, pues, el que habría bastado para transmitir el derecho si el transmitente hubiera sido el verdadero dueño de la cosa que se quiso transmitir⁶³.

Nuestra doctrina niega, con carácter general, que el negocio fiduciario *cum creditore* constituya justo título para la usucapión ordinaria. Se oponen a que el fiduciario posea en virtud de un justo título tanto aquéllos que sostienen que el negocio fiduciario transmite una titularidad fiduciaria (propiedad formal o relativa)⁶⁴, como los que niegan cualquier tipo de transmisión de la propiedad sobre la base de la existencia de simulación⁶⁵.

En nuestra opinión, la fiducia *cum creditore* no es otra cosa que un supuesto específico de simulación relativa, en el que bajo la apariencia de un contrato traslativo (venta), subyace, disimulado, un negocio con causa de garantía y de carácter no traslativo del dominio. El título simulado, en los casos de simulación relativa, no es apto para la usucapión ordinaria, pues no es justo, ni verdadero, ni válido⁶⁶. En cambio, nada hay que objetar a la consideración del título disimulado como justo título⁶⁷, siempre que se parta de la base de que la justicia del título implica la necesidad de que el disimulado tenga naturaleza traslativa del dominio⁶⁸. En consecuencia, el título disimulado, en la fiducia *cum creditore*, nunca podrá ser tenido por justo pues carece de naturaleza traslativa del dominio.

⁶² MIQUEL, *op. cit.*, pp. 3903-3904, al que sigue YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pp. 560-561. Esta doctrina es también la recogida por POTHIER, *op. cit.*, p. 337, quien sin ambages afirma que «la prescripción funciona cuando la propiedad no es transferida por defecto de derecho en la persona que hace la tradición y no por defecto del título en consecuencia del cual la tradición es hecha».

⁶³ Cfr. ALBALADEJO, *La usucapión*, cit., pp. 84-85 y 98; DE BUEN, *op. cit.*, p. 997.

⁶⁴ JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., pp. 1447-1448, seguido por CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1795-1796; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 223.

⁶⁵ GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 555. RODRÍGUEZ-ROSADO, *op. cit.*, p. 144, nota 65, defensor de la tesis de la transmisión de la propiedad plena, señala que si se admite que el negocio fiduciario es simulado, el fiduciario carecería de justo título a efectos de la usucapión. CARRASCO PERERA, «La transmisión fiduciaria del dominio en el concurso de acreedores», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, I, Murcia, 2004, p. 812, texto y nota 37, prefiere hablar más que de simulación de conversión: la transmisión de la propiedad *se convierte* en una forma de garantía, y, apoyándose en la STS 3 mayo 1955, estima que como consecuencia de tal conversión se priva «al título del fiduciario de su condición de justo título a efectos de la usucapión».

⁶⁶ Cfr. MARTÍN LEÓN, «Negocios simulados...», cit., pp. 647 ss. y 658, nota 62, y autores allí citados.

⁶⁷ Por todos, YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pp. 586-587 y 591.

⁶⁸ LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2130, es muy claro al respecto: «podrá valer como justo título, en el caso de la simulación relativa, el contrato traslativo oculto o disimulado». En el mismo sentido, BUSTO LAGO, *op. cit.*, p. 119.

El análisis de la jurisprudencia confirma esta aseveración. Nos estamos refiriendo a la STS 20 noviembre 1964, en la que se abordó el caso de una compraventa con pacto de retro que encubría un préstamo con garantía inmobiliaria; el Alto Tribunal desestimó la usucapión ordinaria por falta de justo título sobre la base de que el contrato disimulado no tenía carácter traslativo del dominio⁶⁹.

Por lo que respecta al justo título en la usucapión ordinaria de bienes muebles, el artículo 1955 CC dispone que el dominio de tales bienes se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe. Llama la atención que dicho artículo no mencione el justo título para la prescripción abreviada de bienes muebles, a diferencia del artículo 1957 CC que sí lo hace con relación a los inmuebles, y del artículo 1940 CC que lo exige con carácter general para toda clase de usucapión ordinaria. Esta diferencia se debe al artículo 464 CC, pues parece claro que el artículo 1955.1 aplica la regla inicial del artículo 464.1, en cuya virtud, la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título, y, por ello, no necesita mencionar al título⁷⁰.

Es indudable que la interpretación del artículo 1955 CC ha de realizarse en función de lo dispuesto en el artículo 464 CC⁷¹, si bien teniendo en cuenta que, a su vez, este último precepto ha recibido muy diversas interpretaciones. Existen fundamentalmente tres interpretaciones. La interpretación más tradicional en nuestro Derecho es la calificada como romanista. Según esta teoría, la usucapión sería el único modo de adquirir muebles *a non domino*: el artículo 464.1 CC no hace sino dispensar del requisito del justo título en la usucapión abreviada de bienes muebles a quienes

⁶⁹ En esta sentencia, el Tribunal Supremo recalca que «la falta de efectos transmisivos de la propiedad de los tan referidos contratos, atendida su propia naturaleza resultante de la verdadera intención de las partes (...) impide la estimación legal del requisito del “justo título”, a la vista del concepto que el mismo figura, a efectos de la prescripción ordinaria, en el artículo 1952 del Código Civil». Conviene advertir que el Tribunal Supremo basa toda su argumentación en la existencia de simulación relativa, sin aludir a la obvia existencia también de fiducia *cum creditore*. Mas, se estima que esta sentencia constituye un supuesto de negocio fiduciario *cum creditore* (JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., pp. 1448-1449) o, al menos, se la aproxima considerablemente a la fiducia *cum creditore* (MORALES MORENO, *Poseción...*, cit., pp. 100 y 145-146).

⁷⁰ MIQUEL, *op. cit.*, p. 3906, y también en «Usucapión», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Madrid, 1995, p. 6770. Como señala LACRUZ, *Elementos...*, III-1.º, cit., p. 197, nota 10, si no se cuenta con el artículo 464 CC, es muy difícil explicar satisfactoriamente la falta de mención del título en el artículo 1955.1 CC, frente a la exigencia del artículo 1940 CC. En otro lugar MIQUEL, *La posesión de bienes muebles (Estudio del artículo 464,1 del Código civil)*, Madrid, 1979, p. 505, expone todas las posibilidades al respecto: 1) que exista una antinomia entre los artículos 1940 y 1955 CC; 2) que el artículo 1955 CC no mencione el título por ya exigirlo el artículo 1940 CC; 3) que el artículo 1955 CC no mencione el título por equivaler ya a él la posesión de buena fe que exige el mismo artículo 1955; 4) que el artículo 1940 CC sólo se refiera a la usucapión ordinaria de inmuebles.

⁷¹ Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema...*, III, cit., p. 131.

poseen de buena fe. La presunta contradicción entre los artículos 1940 y 1955.1 CC se supera aplicando la equivalencia de la posesión al título en la usucapión ordinaria: si la posesión adquirida de buena fe equivale al título, no existe antinomia entre el artículo 1940, que exige buena fe y título, y el artículo 1955, que sólo exige buena fe y no menciona el título, porque teniendo el poseedor buena fe ya tiene título. De este modo se llega a la fundamental idea de que la equivalencia de la posesión al título despliega su eficacia, básicamente, en materia de usucapión⁷². Una segunda tesis, denominada germanista, entiende que el artículo 464 CC consagra un supuesto de adquisición *a non domino* instantáneo, que quien adquiere una cosa mueble mediante negocio jurídico válido y recibe su posesión deviene dueño de inmediato, aunque el transmitente no fuese en realidad dueño. Para los defensores de la teoría germanista, la usucapión abreviada de bienes muebles quedaría limitada o circunscrita a los casos en que no puede producirse la adquisición instantánea *a non domino*, esto es, a los casos de pérdida o privación ilegal⁷³. A juicio de la –mal– llamada tesis intermedia⁷⁴, el problema central que aborda el artículo 464 CC es el relativo a la amplitud y límites de la reivindicación mobiliaria⁷⁵.

⁷² Cfr., por todos, SCAEVOLA, *Código Civil*, VIII, Madrid, 1948, pp. 580 ss. Una defensa remozada de la teoría romanista puede verse en FUENTES PÉREZ, «Coordinación del artículo 464 con los artículos 1955 y 1962, todos del Código civil», *RCDI*, 1960, pp. 528 ss., quien, en concreto, en la p. 535, afirma: «La posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título, para adquirir por usucapión ordinaria». Últimamente, en favor de la teoría romanista, RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro de lo indebido, tradición y usucapión. (Estudio de los artículos 464 y 1897 del Código Civil y 35 de la Ley Hipotecaria)», *ADC*, 2004, pp. 1066-1070, 1082 y 1084, para quien en «la usucapión ordinaria de muebles basta un título putativo, no se exige por tanto un justo título»; de este modo, añade que la finalidad del artículo 464.1 CC «fue admitir un título putativo como suficiente para la usucapión ordinaria de bienes muebles». Según la STS 3 marzo 1951, la «prescripción adquisitiva ordinaria requiere además de la buena fe y del transcurso del tiempo que la Ley señala, el justo título, sin que a ello obste la aparente exclusión que de este requisito hace el artículo 1955, puesto que su silencio acerca de él se halla suplido al disponer en el artículo 464 que la posesión de los bienes muebles cuando se adquiere de buena fe –ha de entenderse que a título de dueño– equivale al título». Cfr. STS 23 diciembre 1952.

⁷³ Por todos, ALBALADEJO, *La usucapión*, cit., pp. 115-116; LACRUZ, *Elementos...*, III-1.º, cit., pp. 244 y 251-252; LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 2135 ss. Esta conciliación entre los artículos 464.1 y 1955.1 CC se tiene por inverosímil tanto por los partidarios de la teoría romanista (RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», cit., p. 1061), como por los defensores de la llamada tesis intermedia (MIQUEL, *Comentario del Código Civil*, dirigido por BERCOVITZ, DÍEZ-PICAZO, PAZ-ARES y SALVADOR CODERCH, I, Madrid, 1991, p. 1243).

⁷⁴ Mal llamada, pues su denominación parece dar a entender que se trata de una interpretación ecléctica o conciliadora de las teorías romanista y germanista, cuando en realidad constituye una teoría distinta y autónoma.

⁷⁵ Esta tesis, avanzada ya por MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, IV, Madrid, 1931, pp. 296 ss., ha sido desvirtuada por VALLET, «La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código civil», en *Estudios sobre Derecho de cosas*, II, Madrid, 1986, pp. 37 ss., y por MIQUEL, *La posesión...*, cit., pp. 497 ss. TORRES LANA, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, dirigido por ALBÁCAR LÓPEZ, II, Madrid, 1991, pp. 780-781, comparte las premisas de esta tesis.

Por lo que ahora nos ocupa, los defensores de esta teoría interpretan la equivalencia de la posesión al título como una presunción de que tal título existe y es eficaz en cualquier caso, no simplemente en cuanto requisito de la usucapión ordinaria⁷⁶.

La STS 21 febrero 1907 abordó un supuesto de negocio fiduciario *cum creditore* en el que el fiduciario pretendía haber usucapido en forma ordinaria un bien mueble *ex* artículo 1955 CC. Se trataba de una compraventa con pacto de retro de una serie de cuadros en la que existía una manifiesta desproporción entre el precio pagado (3.500 pesetas) y el valor de los bienes (tasados pericialmente en más de 100.000 pesetas), siendo el plazo para retraerlos bastante breve. El vendedor se desprendía de unos bienes por un precio muy inferior a su valor real con la esperanza de recuperarlos mediante el reembolso de esa módica cantidad que necesitaba perentoriamente en esos momentos. La dificultad surge cuando llegado el plazo para el ejercicio de la facultad de retraer, el vendedor no dispone de la cantidad requerida para recuperar los cuadros, y corre el riesgo de perder irrevocablemente su propiedad por un precio muy exiguo. El Tribunal Supremo enfocó la cuestión desde la perspectiva no del negocio fiduciario ni de la usura, sino desde la de la simulación⁷⁷. Según el Tribunal Supremo, el supuesto contrato de compraventa disimulaba un contrato de préstamo con interés y garantía prendaria. El comprador alegó la usucapión ordinaria de los cuadros *ex* artículo 1955 CC, con base en una posesión no interrumpida, de buena fe y en concepto de dueño durante más de tres años. Argumentaba que poseyó los cuadros en virtud de un contrato de compraventa, lo que a su juicio implicaba una posesión en concepto de dueño. El Tribunal Supremo rechaza esta pretensión

⁷⁶ Según MIQUEL, *La posesión...*, cit., pp. 503 ss., la falta de mención del requisito del justo título en la usucapión ordinaria de bienes muebles por el artículo 1955.1 CC encuentra explicación en que el artículo 464.1 CC proporciona a través de la posesión una prueba del título, lo que justifica que el primero de los preceptos citados dispense de este requisito. De este modo, la especialidad del artículo 464 radicaría en constituir una excepción al artículo 1954 CC, en cuya virtud, el título ha de probarse, no se presume nunca, y se justificaría por la dificultad probatoria que provocan las adquisiciones de bienes muebles. El artículo 464 CC supondría, pues, una disposición complementaria de la regulación de la usucapión abreviada de bienes muebles. No en vano, la coordinación entre los artículos 1940 y 1955 a través del artículo 464 CC que proponen los partidarios de la tesis romanista le parece indiscutible a MIQUEL, *Comentario...*, cit., p. 1242. Una exposición general acerca de la expectativa de adquirir la propiedad por parte del poseedor *ad usucapionem* de bienes muebles puede verse en MATEO SANZ, «Cuestiones sobre la expectativa del poseedor *ad usucapionem* de cosas muebles de adquirir su propiedad», *RCDI*, 2002, pp. 423 ss.

⁷⁷ Como ha puesto de manifiesto la doctrina, hasta que el concepto del negocio fiduciario no fue acuñado, los casos de compraventa con pacto de retro utilizados para encubrir un préstamo fueron resueltos por tres vías: el régimen de la compraventa con pacto de retro (arts. 1507 ss. CC), la doctrina de la simulación contractual, y, a partir del año 1908, mediante la aplicación de la Ley de Usura. Cfr. GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 185, nota 344; SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, p. 149, nota 37; VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 140.

ya que «los cuadros los tenía el demandado, no en concepto de dueño, sino como garantía del préstamo». Como se aprecia, el Tribunal Supremo desestima la usucapión abreviada alegada por el fiduciario con base en que su posesión no es en concepto de dueño, en vez de rechazarla fundándose en la carencia de justo título para usucapir. A nuestro juicio, es bien cierto que el fiduciario no poseía en concepto de dueño y que ello bastaba para que quedase vedada la posibilidad de usucapir; no obstante, en un análisis más profundo de la cuestión, y dada la interdependencia entre el justo título para usucapir y la posesión en concepto de dueño, se debería haber afirmado que el fiduciario no poseía en concepto de dueño porque carecía de justo título. Como ya hemos señalado, en la fiducia *cum creditore*, bajo la apariencia de un negocio traslativo del dominio, subyace, oculto y disimulado, un negocio de garantía que carece de naturaleza traslativa del dominio, de tal modo que el fiduciario adolece de justo título para la usucapión ordinaria, no sólo de posesión en concepto de dueño⁷⁸.

Por otra parte, de la praxis jurisprudencial se desprende que, en la gran mayoría de las ocasiones, el fiduciario figura como titular inscrito en el Registro de la Propiedad⁷⁹. Tal circunstancia nos

⁷⁸ En descargo del Tribunal Supremo cabría decir que la falta de posesión en concepto de dueño por parte del fiduciario es más que suficiente para impedir la usucapión; por otro lado, la falta de mención del justo título para la usucapión ordinaria de muebles en el artículo 1955 CC probablemente determinó que el Alto Tribunal centrara su argumentación en la falta de posesión en concepto de dueño.

⁷⁹ SSTs 23 febrero 1951, 3 mayo 1955, 22 mayo 1956, 10 noviembre 1958, 29 marzo 1960, 13 mayo 1961, 15 octubre 1964, 31 mayo 1965, 20 enero 1966, 28 febrero 1968, 21 marzo 1969, 19 mayo y 2 junio 1982, 12 febrero, 25 febrero y 18 abril 1988, 19 mayo 1989, 30 enero 1991, 13 marzo 1995, 30 junio y 9 diciembre 1998, 16 mayo 2000, 26 abril 2001, 14 marzo 2002, 17 septiembre 2003 y 11 junio y 20 diciembre 2007. En la STS 7 junio 1955, en la cual se planteó la cuestión acerca de si lo convenido por las partes fue una compraventa lisa y llana (cuyo precio disminuía el importe de una deuda preexistente entre el comprador y el vendedor) o un negocio fiduciario con finalidad de garantía encubierto bajo la apariencia de una compraventa, uno de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para decantarse por la existencia de mera compraventa fue precisamente la falta de inscripción de la adquisición en el Registro de la Propiedad, «toda vez, que con mayor razón en el caso de la pretendida garantía, ninguna podía ofrecer a la acreedora ostensiblemente ante otros acreedores y por el contrario era en interés suyo normalizar legalmente esa garantía». En la jurisprudencia menor, *vid.* SSAP Murcia 7 marzo 2007 (*JUR* 2007, 273634) y Alicante 13 julio 2007 (*JUR* 2007, 236948). Como excepción puede señalarse el caso contemplado por la RDGRN 30 junio 1987 que, con posterioridad, dio lugar a la STS 7 mayo 1991, en la que, en contra de lo ordinario, constaba explícitamente en la escritura pública de «compraventa» la finalidad de garantía perseguida por las partes, por lo que el titular del Registro de la Propiedad denegó su inscripción. A título de mera curiosidad, por no calificarse como negocio fiduciario, sino como un caso de simulación de préstamo bajo escritura pública de compraventa con pacto de retro, el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 noviembre 1961, subraya la frecuencia con que en la praxis se emplea «la venta con pacto de retro, combinada con el arrendamiento de las cosas vendidas al propio vendedor, por una merced equivalente al rédito del capital, como una garantía del contrato de préstamo, allí donde, cual en Galicia, la propiedad territorial, no se halle, en general, inscrita».

obliga a plantearnos la importante y a la vez polémica cuestión de la inscripción como justo título para la prescripción adquisitiva.

La Ley Hipotecaria confiere a la inscripción una función preeminente en favor del titular inscrito usucapiente. Con arreglo al artículo 35 LH: «A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción, y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa».

Este precepto refleja no una usucapición tabular, es decir, aquélla que atribuye el dominio por el sólo hecho de la inscripción prolongada durante el periodo de tiempo necesario para prescribir, sino una usucapición *secundum tabulas*, en la que el Registro se limita a facilitar al titular inscrito una usucapición que opera fuera del Registro al dotarla, en gran parte presuntivamente, de todos los requisitos para que actúe como una usucapición ordinaria⁸⁰. Esto es, es preciso que el titular inscrito usucapiente sea poseedor efectivo de la cosa que pretende usucapir. La STS 22 junio 1972 es clara al respecto, pues indica que la Ley Hipotecaria «favorece la usucapición que se verifica fuera del Registro, reforzándola o facilitándola, pero para ello no es suficiente que el usucapiente sea titular registral, hace falta, además, “sea poseedor efectivo”»⁸¹. Dándose estos presupuestos, el titular según el Registro que tenga inscrito su derecho durante diez años, y que no fuese realmente titular, lo adquirirá por prescripción ordinaria.

El auténtico sentido y alcance de la frase «será justo título la inscripción» ex artículo 35 LH ha dividido a nuestra doctrina. Las opiniones se han polarizado en torno a dos posiciones: a) equiparación o identificación plena entre inscripción y justo título para la usucapición; b) simple presunción, que admite prueba en contrario, de que la inscripción es justo título *ad usucapionem*⁸².

⁸⁰ GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, III, Madrid, 2002, pp. 36-39; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, 1968, pp. 9 ss.; MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1124; SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Madrid, 1947, p. 531.

⁸¹ En el mismo sentido, SSTS 3 octubre 1974, 28 enero 1978 y 28 marzo 1980.

⁸² Dado el objeto de nuestro trabajo, creemos que no es oportuno entrar a analizar en detalle esta polémica doctrinal, sino que nos limitaremos a exponerla a grandes trazos, sin perjuicio, eso sí, de una toma de posición al respecto. Una buena exposición de los autores encuadrables en cada una de las dos posiciones puede verse, por ejemplo, en ALBALADEJO, «La inscripción en el Registro como justo título a efectos de usucapición», *ADC*, 1992, pp. 16-28; GARCÍA GARCÍA, *Derecho...*, cit., pp. 42-62; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 505-526. Como autores más representativos de la equiparación de la inscripción al justo título cabría señalar a ALBALADEJO, BADOSA COLL, DíEZ-PICAZO Y GULLÓN, GARCÍA GARCÍA Y ROCA SASTRE, a los que en los últimos tiempos se les han sumado GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, *op. cit.*, pp. 497-498; REGLERO CAMPOS, *Comentarios al Código Civil*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 2232-2234;

a) Equiparación de la inscripción al justo título

La esencia de esta tesis radica en establecer una equiparación plena y absoluta entre ambos términos, de modo que la inscripción, por sí sola o de por sí, es un título justo, verdadero y válido para la usucapión ordinaria⁸³. Hay, pues, una equiparación o equivalencia entre inscripción y justo título a los efectos de la usucapión, lo que implica que, en realidad, en la usucapión *secundum tabulas* la inscripción sustituye o desplaza al justo título material. Por ello, señala Roca Sastre, «huelga o es ocioso querer penetrar en el examen de la validez, idoneidad o existencia de un título documental base de la inscripción correspondiente, pues aunque éste, como caso insólito no hubiera existido, la inscripción existiría y haría las funciones de tal *título justo* a efectos de la usucapión ordinaria»⁸⁴. Por sí misma, la inscripción es un «sucedáneo» del justo título⁸⁵, o, si se prefiere, un «título por equivalencia»⁸⁶.

Esta tesis viene a sostener que lo que actúa en verdad como título en la usucapión *secundum tabulas* es la propia inscripción como título formal, por lo que, en consecuencia:

– los requisitos exigidos por el Código Civil (arts. 1953 y 1954) de que el título sea verdadero, válido y probado han de referirse a la inscripción y no al título material⁸⁷;

– la inscripción, título formal, sustituye o desplaza al título material, del que ha de prescindirse a los efectos de la usucapión del artículo 35 LH, por lo que las vicisitudes del título material (inexistencia material o jurídica, esto es, falta de veracidad o de validez, o incluso falta de idoneidad para transmitir el dominio) son irrelevantes a estos efectos⁸⁸.

SERRANO ALONSO, *Conceptos fundamentales del Derecho hipotecario*, Oviedo, 1999, p. 88; YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pp. 607-610. Como máximos exponentes de la inscripción como simple presunción de título LACRUZ, MORALES MORENO y SANZ FERNÁNDEZ, y, más recientemente, CALVO MELJIDE, LUNA SERRANO, MACÍ MORILLO y SANCINENA ASURMENDI.

⁸³ Por todos, GARCÍA GARCÍA, *Derecho...*, cit., p. 47, y también en «El principio hipotecario de usucapión *secundum tabulas*», *RCDI*, 1997, p. 1718.

⁸⁴ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 12-13.

⁸⁵ Expresión de ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 12, que acepta Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 847.

⁸⁶ Sobre el sentido de esta expresión, cfr. BADOSA COLL, *op. cit.*, pp. 690 ss. Adoptan también esta terminología ROCA TRÍAS, «Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad», *RCDI*, 1979, pp. 43 ss.; RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», cit., pp. 1055 ss. y 1091; YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 609, nota 147.

⁸⁷ ALBALADEJO, «La inscripción...», cit., p. 30; GARCÍA GARCÍA, «El principio...», cit., p. 1739; ID., *Derecho...*, cit., p. 68.

⁸⁸ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 12-13; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, 1995, pp. 557-559. Según GARCÍA GARCÍA, «El principio...», cit., pp. 1711 ss.: se prescinde del título material porque la inscripción equivale directamente al título verdadero, válido y probado (p. 1720); se modifica el requisito de justicia *ex* artículo 1940 CC, pues basta alegar la inscripción aunque el título material que dio lugar a la misma no sea

La ventaja que supone el artículo 35 LH respecto del régimen de la usucapión ordinaria de bienes inmuebles en el Código Civil radicaría, pues, en permitir la usucapión a pesar de la inexistencia o nulidad del título material.

b) La inscripción como presunción de justo título

Frente a la corriente doctrinal examinada, existe otra que reduce la interpretación del artículo 35 LH en el sentido de no atribuirle mayor alcance que el de constituir una presunción *iuris tantum* de justo título de usucapión, o, en otros términos, esta segunda corriente se opone a que la equiparación entre inscripción y justo título *ex* artículo 35 LH sea plena y absoluta, en el sentido de que se produzca una total identificación entre ambos términos.

El Código Civil invoca para la usucapión al título de carácter sustantivo o material y no al meramente formal. A efectos de la usucapión es imprescindible el título sustantivo, que ha de ser presumido, a partir de la inscripción, título formal, mas la inscripción no es de por sí nunca título, sino que, a lo sumo, lo presume⁸⁹. Por ello, la inscripción, título de carácter formal, aun cuando tenga muchas posibilidades de ser exponente de un justo título material (pues el sistema de calificación registral es muy riguroso y suele impedir el acceso al Registro de la Propiedad de títulos nulos o inexistentes), no es en sí misma el justo título material que exige el Código Civil⁹⁰.

La equivalencia entre inscripción y justo título que parece desprenderse del tenor literal de la Ley Hipotecaria ha sido impugnada con base en argumentos de carácter sistemático:

– otorgar a la inscripción idéntica eficacia jurídica que al título material de usucapión perturba el sistema de ésta, transformando

suficiente para la transmisión del dominio (p. 1738); «aunque el título sea “falso” o “inexistente”, por tratarse de negocio simulado o con causa falsa, si existe la inscripción, cumple el requisito de “verdad” a efectos de la usucapión» (p. 1739). Cfr., también, de este último autor, *Derecho...*, cit., pp. 41, 43, 47, 52-53, 58, 67, 69, 82, 88-89 y 91, nota 47. A juicio de BADOSA COLL, *op. cit.*, pp. 690 ss., el artículo 35 LH deroga la regla del artículo 1940 CC que exige un justo título como requisito de la usucapión, pues el citado precepto de la Ley Hipotecaria eleva a la categoría de título *ad usucapionem* a un asiento registral, que como tal no es adecuado para transmitir el derecho real que publica (pp. 690 y 699); la inscripción, como título por equivalencia, suple un título material inexistente, es decir, falso (pp. 690, 691-692 y 693, texto y nota 203); aunque la inscripción no convalida el título material inválido, suple sus irregularidades, en concreto, su ineptitud para actuar en la usucapión: la Ley crea un título nuevo y autónomo, con virtualidad *per se*, por lo que, en la práctica, es como si lo hubiere convalidado (p. 698). Otros autores (ROCA TRÍAS, «Las relaciones...», cit., p. 47; RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», cit., pp. 1091-1092 y 1094) estiman que el artículo 35 LH modifica el artículo 1952 CC, ya que convierte en justo título al que legalmente no basta para transferir el dominio.

⁸⁹ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1129-1130, texto y nota 23 y 1139. En el mismo sentido, MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 519-520, 531, nota 109, 536 y 549.

⁹⁰ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1130.

su función. De las dos posibles causas que impiden que tenga lugar la transmisión, falta de titularidad o poder de disposición del *tradens* y vicios del título transmisivo, a la usucapión ordinaria sólo le compete subsanar el defecto de titularidad del transmitente, mas no los vicios del título. No en vano, nuestro Código Civil exige que el título para la usucapión sea justo, verdadero y válido (arts. 1952 y 1953). La equiparación de la inscripción al justo título haría posible, caso de inexistencia o nulidad del título material, una usucapión ordinaria sin justo título; caso de que el derecho consignado en el título sustantivo aparezca diversamente configurado en la inscripción, la adquisición se produciría conforme a la inscripción, al margen de voluntad de las partes cristalizada en el título sustantivo⁹¹. La usucapión *secundum tabulas*, como simple reflejo hipotecario de la usucapión ordinaria regulada por el Código Civil, sólo tiene por finalidad remediar la falta de titularidad del tradente, nunca los defectos del título o contrato⁹².

– La equivalencia plena entre inscripción y justo título entrañaría otorgar una cierta eficacia convalidante a la inscripción del contrato transmisivo nulo, en clara oposición a lo establecido por el artículo 33 LH que no confiere tal virtualidad a la inscripción⁹³.

– Prescindir de la necesidad de veracidad y validez del título material alteraría en su misma esencia el sistema diseñado por el Código Civil⁹⁴.

⁹¹ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1129-1131. También MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 490 y 519.

⁹² MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1126-1131. Cfr. MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 465-467, 472, 486-488, texto y nota 49, 490-493, 500, 504, 530-536 y 549; RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», cit., pp. 1090-1091. En contra, GARCÍA GARCÍA, *Derecho...*, cit., pp. 41, 57-58, 89-90 y 91, texto y nota 45.

⁹³ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1126-1127, 1129-1130 y 1136. Según MIQUEL, «Usucapión», cit., p. 6770: «La inscripción, en virtud del principio de legitimación registral, es lógico que proporcione una prueba del título, pero esto no significa que sustituya al título o haga irrelevante su nulidad».

⁹⁴ MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 519-530. En sentido contrario, admiten que la usucapión *secundum tabulas* posibilite la convalidación de títulos nulos, esto es, que el artículo 35 LH constituya una excepción a lo dispuesto por el artículo 33 LH: NÚÑEZ LAGOS, *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, Madrid, 1953, p. 108 («la inscripción si no por sí, por su propia naturaleza, al menos como instrumento de la usucapión ordinaria convalida los actos y contratos nulos. En este sentido, el artículo 35 tiene un papel de excepción del artículo 33»), y, sobre todo, GARCÍA GARCÍA, «El principio...», cit., pp. 1711, 1718, 1720, 1738-1741 («en el artículo 35 LH la inscripción no es que se presume justo título, sino que la inscripción misma convalida el acto o contrato nulo porque equivale directamente al título verdadero, válido y probado, siempre que vaya unida a la presunción de posesión y al transcurso de los plazos de la usucapión ordinaria»). Este último autor ha reiterado su opinión, con mayor despliegue argumental (*Derecho...*, cit., pp. 33 ss., especialmente, pp. 62 ss.); es más, ha llegado incluso a formular un nuevo principio hipotecario, el principio hipotecario de usucapión *secundum tabulas*, en cuya virtud, «aunque el título en base al cual se haya practicado la inscripción sea nulo o inexistente, o sea nula o inexistente la inscripción, se considera que ésta es justo título para usucapir y se presume la posesión pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe durante la vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa» («El principio...», cit.,

– También se ha rebatido la teoría de la equivalencia alegando que una de las consecuencias de la equiparación de la inscripción al justo título es la necesidad de introducir una modificación en la noción de buena fe en la usucapión. La buena fe en el ámbito de los derechos reales tiene un carácter subjetivo, pues se refiere a lo que el adquirente creía. Los artículos 1950 y 433 CC configuran un concepto de buena fe integrado por dos aspectos: positivo, creencia del adquirente de que el transmitente era dueño del bien y de que podía transmitir su dominio (art. 1950), y negativo, ignorancia de la existencia de un vicio en su título o modo de adquirir que invalidaba la transmisión (art. 433). El concepto de buena fe en la usucapión ordinaria hace referencia únicamente a la falta de titularidad del transmitente; el titular registral tiene la creencia errónea de ser titular cuando en realidad no ha llegado a serlo, si bien la indispensable presencia de un justo título, verdadero y válido *ex* artículos 1952 y 1953 CC hace irrelevante el error que en el terreno del título hubiere podido padecer el sujeto⁹⁵. Los términos en que se configura la buena fe en la usucapión no serían extensibles a la presumida por el artículo 35 LH en caso de que se admitiese la posibilidad de usucapión sin justo título o con título de contenido diferente del verdadero⁹⁶.

p. 1711). De forma más matizada, otro sector doctrinal sostiene que la operatividad del artículo 35 LH en caso de títulos nulos no violenta lo prescrito por el artículo 33 LH, pues no se trata de una convalidación genérica de dichos títulos, sino tan sólo de su convalidación a los efectos de la usucapión abreviada: BÉRGAMO LLABRÉS, «La usucapión y el Registro de la Propiedad», *AAMN*, 1946, pp. 277 y 282; PORCIOLES, «La prescripción y el Registro de la Propiedad», en *Cuestiones de Derecho Hipotecario y Social*, Barcelona, 1945, p. 178; ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 12 ss.; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, pp. 555 ss. En este sentido, destaca la aportación de BADOSA COLL, *op. cit.*, pp. 691-693, 698 y 701: la inscripción, título por equivalencia (creado por la Ley y con virtualidad propia y autónoma) no puede convalidar la nulidad el título: «el artículo 35 de la Ley hipotecaria aporta indirectamente una modificación a tal regla del artículo 33, no convalidando el título inválido (lo que significaría derogar este último), pero sí supliendo sus irregularidades y concretamente su ineptitud para actuar en la usucapión. O sea, que el título del artículo 35 funciona como si corrigiera las deficiencias del título material inscrito. Aunque en realidad lo que hace es crear un nuevo título con una virtualidad *per se* y autónoma. En la práctica es, pues, como si lo hubiera convalidado (a los solos efectos de la usucapión)». Aceptan en lo sustancial esta argumentación, por orden cronológico, ROCA TRÍAS, «Las relaciones...», *cit.*, pp. 45-46; YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pp. 607-610. Cfr. RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», *cit.*, pp. 1090-1099.

⁹⁵ MORALES MORENO, «La inscripción...», *cit.*, pp. 1134-1135, seguido por LACRUZ, *Elementos...*, III-1.º, *cit.*, p. 207, y MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 548-549.

⁹⁶ MORALES MORENO, «La inscripción...», *cit.*, pp. 1134-1135, apunta además que la teoría de la equiparación de la inscripción al justo título no sólo altera la noción de buena fe en la usucapión, sino que las irregularidades del título, suplidas por la inscripción, han de estar acompañadas de una creencia en que la inscripción, en cuanto título, no adolece de vicios y es exponente del título verdadero. Así, por ejemplo, GARCÍA GARCÍA, «El principio...», *cit.*, p. 1745, considera que en la usucapión *secundum tabulas* del artículo 35 LH, la buena fe, en cuanto que ignorancia del titular registral, hay que referirla a los defectos de la inscripción (cfr., del mismo autor, *Derecho...*, *cit.*, pp. 99-100). Según RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», *cit.*, p. 1092, no existen particulares obstáculos que impidan que el concepto de buena fe en la usucapión *secundum tabulas* incluya no

En cualquier caso, la doctrina es unánime a la hora de señalar que la utilidad del artículo 35 LH se manifiesta fundamentalmente a efectos de una mayor facilidad probatoria⁹⁷. Nuestro Código Civil establece que el justo título ha de probarse, no se presume nunca (art. 1954). Pues bien, para algunos autores, la inscripción, título por equivalencia, es mucho más fácil de probar que el título material que está en su base⁹⁸. Para otros, la inscripción, título formal, es objeto de prueba más cómodamente que el título en que se fundamenta⁹⁹. A juicio de un considerable sector doctrinal, el alcance de la afirmación «será justo título la inscripción» *ex* artículo 35 LH es el de facilitar la prueba del justo título por la vía de presumirlo a través de la inscripción¹⁰⁰: la presunción *iuris tantum* de justo título *ex* artículo 35 LH sería consecuencia de la más amplia presunción de titularidad *ex* artículo 38 LH (principio de legitimación registral)¹⁰¹.

Una nueva opinión sobre el sentido del inciso inicial del artículo 35 LH lo aportan aquéllos que consideran que la inscripción no es de por sí el justo título, ni tampoco constituye, en rigor, una presunción de justo título, sino que, más bien, la inscripción será prueba suficiente de la existencia del necesario justo título *ad usu-*

sólo la creencia en la titularidad del *tradens*, sino también en la validez del título transmisor material. Mas, como bien ha precisado MACÍA MORILLO, *op. cit.*, p. 549, la buena fe en la usucapión *secundum tabulas* ha de referirse a las vicisitudes del título o modo de adquisición, no a la inscripción; así, «el requisito de la buena fe exige que el adquirente desconozca todo tipo de defecto que vicia su adquisición, si bien sólo podrá subsanar a través de la usucapión ordinaria los que deriven de haber adquirido de un sujeto que no era titular del bien».

⁹⁷ Por todos, ALBALADEJO, «La inscripción...», cit., p. 30, nota 49; BADOSA COLL, *op. cit.*, p. 699; MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1141.

⁹⁸ BADOSA COLL, *op. cit.*, pp. 692 y 698-699, seguido en este punto por ROCA TRÍAS, «Las relaciones...», cit., pp. 43 y 46, y por YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 607.

⁹⁹ ALBALADEJO, «La inscripción...», cit., p. 30, nota 49, y también en *Derecho civil*, III-1.º, Barcelona, 1994, pp. 208 y 211, nota 6.

¹⁰⁰ Destaca, por su gran despliegue argumental, MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1124 ss., seguido por LACRUZ, *Elementos...*, III-1.º, cit., pp. 212-213, y también en *Derecho inmobiliario registral*, III bis, Madrid, 2001, p. 150; LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 2129 y 2132.

¹⁰¹ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1131, nota 24, 1136 y 1141. En el mismo sentido, MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 476, 514, 518 y 543; MIQUEL, «Usucapión», cit., p. 6770; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 258-259; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 532. Frente a la opinión común, GARCÍA GARCÍA, «El principio...», cit., pp. 1715, 1718, 1721-1722, 1730 y 1732, y también en *Derecho...*, cit., pp. 34, 39, 54, 58 y 86-88, niega que el artículo 35 LH sea una derivación o concreción del principio de legitimación registral sino que, a su juicio, uno de los males para la adecuada interpretación del artículo 35 LH ha sido pretender relacionarlo con el artículo 38 LH. Según este último autor, la tesis criticada priva de contenido propio al artículo 35 LH, pues lo convierte en mera repetición innecesaria de lo ya establecido por el artículo 38 LH. No obstante, se ha señalado que tal reiteración es conveniente: MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 512-514 y 543; MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1141. Cfr. RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», cit., p. 1094.

*captionem*¹⁰². O, en otros términos, la inscripción es justo título a los efectos del artículo 1954 CC, es decir, que será justo título sólo a efectos probatorios: la equiparación entre inscripción y justo título no es total o en todos los aspectos (lo que implicaría una plena identificación entre ambos términos), sino que dicha equiparación opera únicamente en lo que atañe a la prueba del justo título¹⁰³. En consecuencia, no se trata de una presunción en sentido propio como parecen entender gran número de autores, sino de una alteración o inversión de la carga de la prueba en favor del titular inscrito¹⁰⁴. No nos hallamos ante una mera sutileza interpretativa, sino que, antes bien, el respeto a la normativa civil en materia de usucapión está en juego. En efecto, el artículo 1954 CC afirma que el justo título «no se presume nunca», sino que «ha de ser probado», y creemos que esta dicción condicionó la redacción del artículo 35 LH y debe también constituir el factor que determine su correcta interpretación. Está bastante extendida la siguiente idea: de los cuatro requisitos que el título hábil para la usucapión ha de reunir según el Código Civil, a saber, justicia, veracidad, validez y ser objeto de prueba, los tres primeros no se alteran por la Ley Hipotecaria; sí, en cambio, el último¹⁰⁵. No existe tanto acuerdo en cuanto a cuál es el alcance de dicha alteración. Sanz estima que «el artículo 35 establece una presunción *iuris tantum* de título, derogando en favor del titular inscrito el artículo 1954 del Código»¹⁰⁶. Esta explicación del artículo 35 LH contradice el artículo 1954 CC, puesto que si se sostiene que en virtud de la inscripción se presume el justo título, en última instancia resultaría que lo dispuesto en el artículo 1954 CC quedaría derogado respecto de la usucapión *secundum tabulas*¹⁰⁷. En cambio, Bonilla y Chico estiman que cuando la Ley Hipotecaria establece que la inscripción es justo título elimina con ello la necesidad de prueba, es decir, que la inscripción no constituye justo título para la usucapión, sino tan sólo supone una presunción de justo título¹⁰⁸. En la vieja polémica acerca de si las presun-

¹⁰² ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho inmobiliario registral*, Granada, 2006, p. 486. En el mismo sentido, MIQUEL, «Usucapión», cit., p. 6770, dice que la «inscripción, en virtud del principio de legitimación registral, es lógico que proporcione una prueba del título».

¹⁰³ Ésta es la tesis defendida con brillantez por MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 510 y 526-529.

¹⁰⁴ MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 517, 527 y 528.

¹⁰⁵ BONILLA ENCINA y CHICO Y ORTIZ, *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, I, Madrid, 1967, pp. 300-301; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 532.

¹⁰⁶ SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 532.

¹⁰⁷ Esta circunstancia fue bien apreciada por ROCA TRÍAS, «Las relaciones...», cit., p. 46.

¹⁰⁸ BONILLA ENCINA y CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, pp. 300-301, cuya opinión recoge, y parece que acepta, Díez-Picazo, *Fundamentos...*, cit., p. 846.

ciones son un auténtico medio de prueba¹⁰⁹ o si, más bien, constituyen un medio de evitar la necesidad de prueba, estos autores parecen decantarse por lo segundo. Sin embargo, son más numerosos los que consideran que la inscripción constituye un medio de prueba, pero, aun así, las opiniones no son del todo coincidentes. Mientras que para Morales Moreno, la inscripción es «un medio cómodo de probar el justo título de usucapión, medio que no implica una prueba plena del mismo, sino un principio de prueba (inscripción) completado por la presunción. Ello supone un límite al artículo 1954 del Código Civil»¹¹⁰. Con suma prudencia, no habla de derogación, sino de limitación al artículo 1954 CC. En cambio, como ya vimos, otros estiman que la inscripción constituye prueba suficiente del justo título¹¹¹, que la inscripción, acreditada a través de la certificación registral, es un «medio de prueba real» y directo del justo título, siendo esto lo que deba exhibir el titular registral para que se tenga al título por probado; con esta interpretación (el art. 1954 CC exige la prueba del justo título, y, además, excluye que pueda ser presumido en caso alguno), se respeta plenamente no sólo la exigencia civil de la prueba del título, sino también la correlativa y complementaria prohibición de presumirlo, de modo que el artículo 35 LH no contraviene en forma alguna el artículo 1954 CC, sino que representa el más fiel y riguroso cumplimiento de lo que el mismo establece¹¹². En verdad, la inscripción no supone presunción de título, sino que sólo determina una inversión de la carga de la prueba¹¹³; no se trata de una cuestión baladí, pues mediante esta aparente sutileza interpretativa se consigue esquivar una de las objeciones más graves, acaso la de mayor entidad, que se dirigieron a la teoría de la inscripción como presunción de justo título, a saber, la de que tal tesis choca frontalmente con lo dispuesto en el artículo 1954 CC, que de modo terminante señala que el justo título no se presume nunca¹¹⁴.

No obstante, no existe consenso acerca de qué requisitos del título se presumen o se dan por probados en virtud del artículo 35 LH.

¹⁰⁹ Así, por ejemplo, ALBALADEJO, «La inscripción...», cit., p. 30, nota 49, indica que la inscripción «probaría por presunción» la existencia de título.

¹¹⁰ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1141.

¹¹¹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, «La posesión y el Registro de la Propiedad», *RDP*, 1978, p. 486; MIQUEL, «Usucapión», cit., p. 6770.

¹¹² MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 528-529 y 547.

¹¹³ MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 517, 527 y 528. A su juicio, es dudoso que aquellos autores que hablan de la inscripción como presunción de justo título consideren que se trata de una presunción en sentido propio, como juicio lógico en cuya virtud se deduce de un hecho base o indicio un hecho presunto o consecuencia.

¹¹⁴ Señalan que lo prevenido en el artículo 1954 CC constituye un argumento muy consistente en contra de la tesis de la inscripción como presunción de justo título: ROCA TRÍAS, «Las relaciones...», cit., p. 46; RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», cit., pp. 1094-1095.

Lo más común es entender que el inciso inicial del citado precepto de la Ley Hipotecaria establece una presunción *iuris tantum* de la veracidad y validez del título a efectos de la usucapión ordinaria¹¹⁵; en cambio, su justicia, es decir, su aptitud o idoneidad para transmitir el dominio, habría de ser objeto de prueba específica¹¹⁶. Desde una perspectiva análoga, pero como hemos visto, no del todo coincidente, la equiparación a efectos probatorios de la inscripción con el justo título determina que «la inscripción se constituye en prueba de que el título del usucapiente es justo, así como verdadero y válido», con lo que se otorga una gran ventaja al titular registral, que a diferencia de los demás usucapientes, cumple el requisito de la prueba con la simple presentación de la inscripción en su favor¹¹⁷.

En cambio, creemos que con acierto, se ha señalado que si bien el artículo 35 LH establece que la inscripción es justo título, lo que la Ley Hipotecaria no establece es que haya una exoneración de la exigencia de que el título sea verdadero y válido¹¹⁸. Lo que, por otra parte, coincide con el régimen general en materia probatoria, pues se debe probar la existencia del justo título, pero no su veracidad y validez: como señala Albaladejo, si «el usucapiente aporta un título que sería suficiente y alega que es el que le ha servido para usucapir, será la otra parte la que para descartar la usucapión deba contraprobar que o no es verdadero o que es inválido»¹¹⁹. No es, pues, que el título se presuma verdadero y válido por el hecho de su inscripción, sino que el título, inscrito o no, se tiene por verdadero y válido en tanto no se pruebe lo contrario por el que se oponga a la usucapión¹²⁰.

¹¹⁵ LACRUZ (*Elementos...*, III-1.º, cit., pp. 212-213; *Derecho...*, cit., p. 150), seguido por LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 2129, 2132, 2134 y 2135.

¹¹⁶ LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 2134-2135: «la presunción *iuris tantum* contenida en el artículo 35 LH alcanza a la veracidad y a la validez del título que se pretende justo para usucapir pero no a la justeza del mismo en el sentido que exige el artículo 1952 CC, entre otras razones porque aquella presunción se deriva de la inscripción y ésta en ningún sentido puede suplir, por su carácter formal, ni siquiera presuntivamente, al título de carácter material». Añade que la inscripción «por sí misma no prueba que el título inscrito sea apto para transmitir», sino que «ha de ser objeto en este aspecto de la oportuna prueba». En cambio, a juicio de SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 265-266, la presunción abarca no sólo la veracidad y validez del título, sino también su justicia. Por su parte, BONILLA ENCINA y CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, pp. 300-301, a cuyo parecer se suma Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 846, estiman que, si bien el artículo 35 LH establece que la inscripción es justo título, eliminando con ello la necesidad de la prueba del título, lo que la Ley Hipotecaria no establece es que haya una exoneración de la exigencia de que el título sea verdadero y válido.

¹¹⁷ MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 529-530.

¹¹⁸ BONILLA ENCINA y CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, pp. 300-301, cuya opinión comparte Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 846.

¹¹⁹ ALBALADEJO, *La usucapión*, cit., p. 109.

¹²⁰ Así, en relación con la veracidad del negocio, y su antítesis, que es la simulación, se ha señalado que en virtud de la regla general del *onus probandi*, «se presume que la declaración

No obstante, los partidarios de la inscripción como presunción de justo título se enfrentan a un serio obstáculo, pues existe un claro contraste entre la expresión empleada en la primera parte del artículo 35 LH («será justo título la inscripción») y la utilizada por la segunda parte, que para los demás presupuestos de la usucapión (posesión y sus requisitos) utiliza, con mayor propiedad, la expresión «se presumirá»¹²¹. La explicación de la diferente redacción del artículo 35 LH radica en que para enervar la presunción de título es necesario impugnar la inscripción de la que dicha presunción deriva, mientras que las demás presunciones contenidas en dicho precepto pueden destruirse sin necesidad de impugnar la inscripción¹²². Como bien dice Morales Moreno, «por derivar de la inscripción y estar ligada a la legitimación que ella engendra, no basta para destruir la presunción que consideramos la “prueba en contrario” (cfr. art. 1251). Es además preciso atacar la inscripción de donde ella se hace derivar»¹²³. En palabras de Díez-Picazo, «la idea de una simple presunción *iuris tantum* no es en nuestro caso aplicable, pues para destruir los efectos que derivan del artículo 35 no basta una simple prueba en contrario, sino que es preciso atacar y destruir la inscripción»¹²⁴.

de las partes coincide con lo verdaderamente querido en tanto quien afirme lo contrario no lo pruebe. De este modo, quien alega que un negocio es simulado debe demostrar la veracidad de lo que dice, estándose en caso de duda por la validez del acto. Puede sostenerse, entonces, que la prueba de la simulación incumbe a quien afirma su existencia», pues en virtud de lo dispuesto en nuestro Código Civil (arts. 1276 y 1277), se presume que la causa que se expresa es verdadera, de manera que quien afirme que es falsa debe probarlo (CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 119-121). En otras palabras, la presunción de existencia de causa *ex* artículo 1277 CC cede cuando se acredite que la causa expresada es falsa, esto es, que existe simulación.

¹²¹ MORALES MORENO, «La inscripción...», *cit.*, pp. 1140-1141, tras rechazar la equiparación de la inscripción al justo título, considerando más razonable la postura que ve en el artículo 35 LH una simple presunción de justo título, reconoce que la literalidad de este precepto sigue constituyendo un poderoso argumento en contra de esta segunda teoría, pues: «¿Por qué la Ley Hipotecaria para presumir el justo título de usucapión se ha expresado en los rotundos términos, “será justo título la inscripción”?».

¹²² Cfr. RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», *cit.*, p. 1093.

¹²³ MORALES MORENO, «La inscripción...», *cit.*, pp. 1141-1142. En consecuencia, añade: «Como manifestación de las normas sobre acciones contradictorias de los derechos reales inscritos, no pretende dotar a la inscripción de mayor eficacia que la meramente probatoria; es exponente de que se exige para destruir la presunción, además de prueba en contrario, la modificación del Registro».

¹²⁴ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *cit.*, p. 846. Aceptan la opinión de MORALES MORENO acerca de la existencia de algo más que una mera presunción de justo título en virtud de la inscripción, en cuanto que para destruir dicha presunción se debe también impugnar y destruir la inscripción: DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, III, *cit.*, p. 286; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 517 y 536; MIQUEL, «Justo título», *cit.*, p. 3906 (no se puede alegar la nulidad o inexistencia del justo título sin obtener la nulidad de la inscripción); ID., «Usucapión», *cit.*, p. 6771 («la inscripción no convalida la nulidad de un título, pero obliga a atacar la inscripción si se quiere atacar la usucapión por falta de título»; «la prueba de que el título es nulo no es suficiente si no se ataca también la inscripción»); RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», *cit.*, p. 1093. Por su parte, ALBALADEJO, «La inscripción...», *cit.*, p. 26, aun partiendo de premisas diferentes (la inscripción como «título formal» y no como mera presunción de título material), considera que hay «gran verdad» en la afirmación de MORALES MORENO de que para destruir la presunción de título que proporciona la inscripción no basta la prueba en

La presunción puede destruirse antes y después de transcurrir el tiempo necesario para la usucapión: en ambos casos, si se demuestra que faltó el justo título, puede atacarse *ex tunc* esta presunción¹²⁵. De este modo, si el justo título material no existió, no fue válido o verdadero, al no reunir los requisitos que exige el Código Civil, no será posible la usucapión ordinaria, pues la Ley Hipotecaria no altera la disciplina legal de la prescripción adquisitiva del Código Civil.

Con carácter general, se ha señalado que no existe jurisprudencia en sentido estricto sobre esta cuestión, pues si bien en numerosas sentencias es invocado el artículo 35 LH, unas veces en apoyo de la tesis de la equiparación, otras en favor de la tesis de la presunción, nunca lo ha sido como fundamento del fallo¹²⁶. En verdad, el Tribunal Supremo parece bastante reacio a resolver con base en el artículo 35 LH cuando tiene a su disposición vías menos problemáticas para ello¹²⁷. Esta tendencia general de la jurisprudencia se ve confirmada en el caso concreto en que el fiduciario, titular inscrito en el Registro de la Propiedad, pretende haber usucapido en forma ordinaria frente al fiduciante. Son fundamentales a estos efectos las SSTs 3 mayo 1955 y 10 noviembre 1958.

El supuesto de hecho de la STS 3 mayo 1955 fue el siguiente: en garantía de un préstamo, el prestatario vendió en escritura pública determinados bienes inmuebles (dos casas y dieciséis fincas rústicas) al prestamista por 4.500 pesetas; con posterioridad, en documento privado de carácter complementario, el «comprador» se comprometía a retransmitir al «vendedor» las fincas enajenadas si éste le devolvía las 4.500 pesetas realmente entregadas en concepto de préstamo¹²⁸. A diferencia de lo que suele ser habitual, en este

contrario; adaptando a su tesis esta afirmación, señala que para destruir la inscripción como título formal no es suficiente la prueba en contrario, sino destruir la propia inscripción.

¹²⁵ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1141, seguido por MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 517 y 536; MIQUEL, «Justo título», cit., p. 3906; ID., «Usucapión», cit., p. 6771; RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», cit., p. 1093. También es seguido por ALBALADEJO, «La inscripción...», cit., p. 32, aunque éste parta de otras premisas. GARCÍA GARCÍA, «El principio...», cit., pp. 1726 y 1739-1740, y también en *Derecho...*, cit., p. 70, quien considera que si el *verus dominus* quiere impedir la usucapión por parte del titular registral debe impugnar la inscripción y demandar su cancelación, mas esa impugnación no podrá hacerse una vez consumada la usucapión.

¹²⁶ Así lo indica ALBALADEJO, «La inscripción...», cit., pp. 5-16, apreciación que comparten GARCÍA GARCÍA, «El principio...», cit., p. 1732, y MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 520-526. Cfr. MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1137-1138. Estos autores indican que la solución suele venir determinada por la falta de alguno o algunos de los demás requisitos que exige la usucapión ordinaria al margen del justo título (falta de posesión efectiva, falta de buena fe, falta de posesión en concepto de dueño, etc.), de tal manera que el artículo 35 LH no constituye el fundamento del fallo.

¹²⁷ Cfr. MACÍA MORILLO, *op. cit.*, p. 520.

¹²⁸ En realidad, el supuesto fue algo más complejo. La operación negociada se integraba por la venta en escritura pública de las fincas celebrada el 12 de febrero de 1933 y por dos documentos complementarios: un primer documento privado en el que constaba un pacto de retroventa por cuatro años otorgado el 27 de febrero de ese mismo año, 1933, y un segundo

caso, el prestamista tomó posesión de los bienes¹²⁹; además, los inscribió a su nombre en el Registro de la Propiedad. El transmitente trató repetidamente de efectuar el pago y lograr así la retransmisión de los bienes, a lo que se opuso el adquirente alegando excusas improcedentes. Presentada demanda por el primero, el Tribunal Supremo declaró la existencia de un negocio de estructura fiduciaria (fiducia *cum creditore*) en el que lo pretendido por los interesados fue garantizar el cobro de la cantidad prestada, viniendo el comprador obligado a devolver las fincas, previo pago por el vendedor del montante del préstamo. Desvelada la relación fiduciaria, y frente a las reclamaciones del fiduciante para el rescate de las fincas, el fiduciario alegó la prescripción ordinaria por haberlas «poseído con buena fe y el justo título que dimana de la inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad durante 16 años»¹³⁰. El Tribunal Supremo, a pesar de partir de una aceptación nominal de la teoría del doble efecto, lo que, en sus propias palabras, implica una «transmisión plena del dominio» al fiduciario, rechazó la pretensión de usucapión argumentando que el «contrato funcionó realmente como garantía de un préstamo y las fincas que se figuraron vendidas las ha poseído en tal concepto el demandado, sin transferencia a tercer adquirente, por lo que, a efectos de prescripción adquisitiva entre los “contratantes”, ni las ha poseído a título de verdadero dueño, según exige el artículo 1941 del repetido Código, ni la relación jurídica creada entre comprador y vendedor se gobierna por normas hipotecarias, protectoras (...) de terceros adquirentes». El Tribunal Supremo elude pronunciarse sobre el valor de la inscripción como justo título para la usucapión so pretexto de que la relación jurídica entre las partes no se rige por las normas hipotecarias¹³¹, fundando su decisión en un argumento

documento del mes de diciembre, sin expresión de día, de 1942, por el que el adquirente se comprometía a devolver las fincas si el transmitente le restituía la cantidad prestada. La Sala de instancia fundó el derecho del vendedor-demandante al rescate de las fincas, no en el pacto de retroventa, que había caducado por falta de ejercicio en el plazo convenido, sino en el ulterior compromiso de devolución contenido en el documento de diciembre de 1942.

¹²⁹ La STS 3 mayo 1955 indica que la venta se efectuó «con tradición inmediata». Subrayan la efectiva toma de posesión del fiduciario en este supuesto, IZQUIERDO, «Observaciones a la STS de 3 mayo 1955», *ADC*, 1955, p. 1375; SOTO NIETO, *op. cit.*, pp. 545-546, texto y nota 52.

¹³⁰ El fiduciario alegó también la prescripción extintiva de la acción restitutoria, la cual fue desestimada pues la prescripción de las acciones se interrumpe no sólo por su ejercicio ante los Tribunales, sino también por reclamación extrajudicial (art. 1973 CC), habiendo formulado, sin resultado, el actor múltiples requerimientos para que el demandado le devolviese las fincas previo pago de la suma prestada.

¹³¹ Como afirma AMORÓS GUARDIOLA, *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*, Madrid, 1967, p. 57, la relación jurídica registral «no despliega sus efectos *inter partes*, las cuales quedarán afectadas por su propio negocio transmisivo civil, sino sólo frente a terceros». La STS 8 marzo 1963 contiene la desafortunada afirmación de que «los negocios fiduciarios no se gobiernan por normas hipotecarias protectoras de ter-

menos problemático, la falta de posesión en concepto de dueño. A nuestro juicio, este planteamiento no es el más adecuado. La usucapición *secundum tabulas*, como simple modalidad de la usucapición ordinaria: no subsana vicios del título (negocio transmisivo), sino vicios de la titularidad (falta de titularidad o poder de disposición en el tradente; su presupuesto es, pues, una disposición *a non domino*); no opera nunca *inter partes*, sino sólo frente al tercero *versus dominus*. En la sentencia que estamos analizando, los bienes no pertenecían a un tercero, sino a una de las partes (el fiduciante), por lo que, la usucapición ordinaria, en su modalidad *secundum tabulas*, nunca podía operar¹³². También debemos observar que, desde la óptica de la teoría del doble efecto, la argumentación del Alto Tribunal es incongruente porque implica simple y llanamente la negación de tal teoría, ya que no parece posible conjugar la titularidad plena del fiduciario sobre el bien con la posibilidad de usucapirlo. En realidad, el Tribunal Supremo no aplica en cuanto a los efectos la teoría que dice seguir, o, en otras palabras, los resultados que propugna la STS 3 mayo 1955 desmienten la teoría aceptada.

Un caso de venta en garantía semejante al anterior es el abordado por la STS 10 noviembre 1958. No obstante, difiere en varios extremos: el compromiso de retransmitir o *pactum fiduciae* no se había sometido a plazo¹³³, ni se había plasmado en documento escrito, si bien se podía deducir de las circunstancias que rodearon la operación¹³⁴; además, el fiduciante había quedado en posesión de

ceros», basándose en lo ya declarado por la STS 3 mayo 1955, pero sin tener en cuenta que esta última se refería exclusivamente a la relación entre fiduciante y fiduciario.

¹³² MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 475-476, 483, 486, 488, 493-494 y 500, nota 65, pone de manifiesto que la usucapición *secundum tabulas* ex artículo 35 LH no modifica las líneas esenciales de la regulación civil de la usucapición ordinaria, por lo que dicho artículo 35 no podrá referirse a situaciones en que el titular registral sea parte en la relación cuyos defectos impiden la transmisión, sino que sólo se podría aplicar a los titulares registrales que tengan la condición de terceros, citando en apoyo de este criterio la STS 13 mayo 1970. En parecido sentido, cfr. MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1136 y 1138. En concreto, la STS 13 mayo 1970 señala que «por imperativo de la misma naturaleza de la Ley Hipotecaria española (...) la presunción contenida en el artículo 35 tiene circunscrito su radio de acción a los terceros que traigan causa de una titularidad registrada, no pudiendo en modo alguno amparar la situación de quien (...) fue parte en el contrato que provoca la inscripción». En contra, ALBALADEJO, «La inscripción...», cit., pp. 12-13, 15 y 34-35, para quien es indiferente que el titular registral usucapiente sea parte o tercero en el contrato que provoca la inscripción.

¹³³ Según la STS 14 marzo 1964, no cabe «estimar como indispensable la obligada determinación del plazo» en el negocio fiduciario, «si bien corrientemente existirá», pudiendo suplirse su falta empleando el medio que prevé el artículo 1128-2 CC.

¹³⁴ El Tribunal Supremo viene desde antaño admitiendo la posibilidad de que los negocios fiduciarios puedan inferirse mediante presunciones, esto es, cuando el pacto fiduciario tenga carácter verbal, los jueces podrán acudir a los actos anteriores, coetáneos y posteriores que contribuyan a una adecuada investigación de la voluntad de los contratantes ex artículo 1282 CC. Cfr. SSTS 10 julio 1957, 10 noviembre 1958, 5 diciembre 1959, 8 marzo 1963, 14 marzo 1964, 25 marzo 1966, 4 abril 1972, 14 julio 1994, 31 marzo 1999 y 11 febrero y 5 diciembre 2005. Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 439-440.

las fincas vendidas en escritura pública en calidad de arrendatario. A la muerte del fiduciario, sus herederos interpusieron demanda de desahucio contra el fiduciante; éste, a su vez, demanda la declaración de simulación de la venta por encubrir la garantía de un préstamo, petición a la que se accede en primera y en segunda instancia. En cambio, el Tribunal Supremo entiende que la venta otorgada en escritura pública envolvía un negocio fiduciario *cum creditore*, negocio real y efectivo, no simulado, «que el intérprete debe captar de todas las circunstancias del acto anteriores, concomitantes y posteriores a su formación (...), no dejándose arrastrar por la estructura de forma y contenido del utilizado como simple medio vehicular». En estas circunstancias, los causahabientes del fiduciario alegan la usucapión ordinaria, basando su título en haberse incluido las fincas confiadas en la liquidación de la sociedad de gananciales y en la partición de herencia del fiduciario como propias de éste, y haber sido así inscritas en el Registro de la Propiedad (arts. 1940, 1941, 1950, 1952, 1953 y 1954 CC en relación con el art. 35 LH). La alegación es rechazada por el Tribunal Supremo porque «se desconoce que la posesión que ha de ostentar el usucapiente para adquirir el dominio y demás derechos reales, ha de ser en concepto de dueño, según el artículo 1941 del Código, y no la tiene con evidencia el mero fiduciario poseedor de las cosas entregadas en fiducia a él o a sus causantes por título hereditario, sin que la inscripción registral, en nuestro derecho, tenga, en general, carácter constitutivo». De nuevo, el Tribunal Supremo evita entrar a considerar el valor de la inscripción como justo título para la usucapión abreviada, desestimando ésta por un camino menos polémico, la falta de posesión en concepto de dueño, aunque también habría podido basar su rechazo en la falta de posesión efectiva tanto del fiduciario como de sus causahabientes, pues, no se olvide que, diversamente a lo que acaeció en la STS 3 mayo 1955, el fiduciante había conservado la posesión material del inmueble transmitido fiduciariamente¹³⁵.

1.1.2 Veracidad

Uno de los reproches que con mayor frecuencia sufren los negocios fiduciarios radica en su falta de veracidad¹³⁶, lo cual

¹³⁵ Por otra parte, como indica PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.*, p. 52, el hecho de que el Tribunal Supremo manifieste en la sentencia de 10 noviembre 1958 que la posesión del fiduciario no es apta para la usucapión, «implica apartarse de los postulados de la teoría del doble efecto, ya que conforme a ella, el fiduciario es dueño de la cosa dada en fiducia». *Vid.* DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 434-437; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 517, nota 1322.

¹³⁶ Así, por todos, DE LOS MOZOS, «Negocio...», *cit.*, p. 1029, quien afirma que el negocio fiduciario «más que un negocio real o verdadero, en cuanto tal, sólo es un negocio aparente, cuya causa tiene que fundarse “en otra verdadera y lícita” (art. 1276 CC)».

inexorablemente nos conduce al espinoso e intrincado tema de la distinción entre fiducia y simulación, pues la idea de falta de veracidad o falsedad implica la de engaño u ocultamiento, que, como es sabido, es nota caracterizante de la simulación.

Se suele afirmar que, a diferencia del negocio simulado, en el que tan sólo se quiere crear una apariencia, el negocio fiduciario es un negocio real y efectivamente querido por las partes en todas sus consecuencias¹³⁷. La jurisprudencia antaño afirmaba que en la fiducia no hay simulación, ni absoluta, ni relativa, sino un contrato verdadero, que en muchas ocasiones calificaba como complejo o indirecto; su peculiaridad radica en el empleo de un medio superior, desproporcionado con la finalidad auténticamente perseguida por las partes¹³⁸. En consecuencia, la posición tradicional del Tribunal Supremo, siguiendo muy de cerca la opinión de Ferrara, ha sido la de considerar el negocio fiduciario verdadero en su totalidad¹³⁹. En nuestra doctrina, Cossío concibe el negocio fiduciario como una figura compleja, compuesta por dos negocios derivados de una única causa y, por lo que ahora interesa, verdaderos ambos¹⁴⁰. Por su parte, Hernández Gil señala que en el negocio relativamente simulado, el contenido de una de las declaraciones de voluntad (la del negocio simulado) es sólo aparente, aunque sea real el contenido de la declaración del negocio disimulado; mientras que en el negocio fiduciario, ambas declaraciones, tanto la del contrato real positivo como la del contrato obligatorio negativo, tienen un contenido real efectivo¹⁴¹, lo que, según entendemos, equivale a decir que las dos declaraciones o partes que componen el negocio fiduciario son verdaderas. Para otra corriente doctrinal, encabezada por Lacruz, «en la simulación el negocio simulado *no se quiere* en absoluto, aunque sí algunos de sus efectos por ser los del disimulado; mientras que en la fiducia el negocio aparente se quiere (y por eso no es nulo), si bien desempeñando una función más limitada de la correspon-

¹³⁷ Por todos, FERRARA, *op. cit.*, pp. 82 y 94. Son numerosas las resoluciones judiciales que señalan que el negocio fiduciario no es un negocio ficticio como el simulado, sino real y efectivo, puesto que se quiere con todas sus consecuencias: SSTS 10 noviembre 1958, 8 marzo 1963, 18 febrero 1965, 4 abril 1972, 19 mayo 1982, 25 febrero 1988, 6 julio 1992 y 17 septiembre 2002.

¹³⁸ Por todas, SSTS 28 enero 1946, 23 febrero 1951, 28 diciembre 1955, 8 marzo 1963, 18 febrero 1965 y 4 abril 1972.

¹³⁹ FERRARA, *op. cit.*, p. 117, distingue los negocios simulados relativamente de los que él llama «negocios reales indirectos», en cuya categoría incluye como subespecie a los negocios fiduciarios: «Mientras en la simulación relativa hay dos negocios, uno aparente y otro serio, de los cuales el primero sirve para disfrazar el segundo, en los negocios reales indirectos, no hay siquiera sombra de ficción, siendo el acto verdadero en su totalidad, aunque produzca efectos complejos».

¹⁴⁰ COSSÍO, *op. cit.*, pp. 293-294. En el mismo sentido, ROSEMBUJ, *op. cit.*, p. 232.

¹⁴¹ HERNÁNDEZ GIL, «Notas...», cit., p. 700.

diente a su tipo»¹⁴². Este último autor, pese a que distingue el negocio fiduciario del simulado, en cierto modo aproxima el primero al segundo, pues habla de negocio aparente en referencia al negocio fiduciario o a una parte del mismo¹⁴³. Si partimos de la base de que el negocio fiduciario se caracteriza por la utilización instrumental de un negocio jurídico típico para conseguir efectos distintos y más restringidos de los que le son propios, se plantea en toda su crudeza el problema de las relaciones entre simulación y fiducia¹⁴⁴. Según la postura doctrinal que estamos analizando, al negocio utilizado fiduciariamente, por lo común, compraventa, le faltan elementos esenciales para su validez (el precio), lo que dificulta la distinción entre fiducia y simulación relativa; mas, en cualquier caso, lo que es claro es que si la «venta» es fiduciaria, si se otorga con finalidad de aseguramiento, no hay tal venta, sino un contrato de garantía de particular eficacia, amén de crearse una apariencia de titularidad. Mas, en el negocio fiduciario, el negocio-medio, en tanto que querido por las partes aun para una finalidad más restringida, no puede considerarse simulado sino, más bien, aparente¹⁴⁵. Sin embargo, nosotros creemos que no es correcto afirmar que en el negocio fiduciario se quiera del todo el negocio aparente, pero con una función más limitada, pues entonces no se quiere realmente del todo, y, en consecuencia, hay simulación¹⁴⁶. La negativa a calificar como simulado el negocio empleado fiduciariamente parece ante todo ir dirigida a evitar que se le considere nulo, a la par que calificarlo como aparente parece dar a entender que, a pesar de no ser simulado, no cabe tenerlo por verdadero en sentido estricto.

Aquéllos que defienden la autonomía y sustantividad de la llamada *causa fiduciae* conciben el negocio fiduciario como un tipo negocial específico, aunque de carácter atípico. Según esta corriente doctrinal, no deben confundirse fiducia y simulación: el negocio fiduciario es un negocio real, existente y querido por las partes, sin

¹⁴² LACRUZ, *Elementos...*, II-2.º, cit., p. 191. En el mismo sentido, GÓMEZ GÁLLOGO, *op. cit.*, pp. 535-536; JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., p. 1444; MATEO Y VILLA, «De la fiducia gestión», cit., p. 2591, nota 10.

¹⁴³ Sobre las semejanzas del negocio fiduciario con el simulado, cfr. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1816 y 1821; SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pp. 158-161.

¹⁴⁴ Por todos, Díez-PICAZO, «Operaciones...», cit., pp. 29 y 32. La jurisprudencia reconoce como habitual el empleo de negocios traslativos típicos como «simple medio vehicular» de los negocios fiduciarios (SSTS 10 noviembre 1958, 14 marzo 1964, 18 febrero 1965 y 4 abril 1972).

¹⁴⁵ LACRUZ, *Elementos...*, II-2.º, cit., pp. 190-191.

¹⁴⁶ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa...*, cit., p. 219, quien añade que en la fiducia se exterioriza una voluntad sobre una causa que no se corresponde exactamente con la causa real pretendida, lo que implica simulación. Según ALBALADEJO, «El llamado...», cit., pp. 666-667, la parte exterior del negocio fiduciario no es verdaderamente querida, sino que es simulada.

que pueda motejarse de ficticio o simulado¹⁴⁷. Una vez establecida la distinción conceptual entre fiducia y simulación, una vez que se establece que la fiducia no implica de suyo simulación, se puntualiza que el negocio fiduciario, como cualquier otro negocio causal, puede ser disimulado bajo la apariencia de otro negocio¹⁴⁸. Lo disimulado, pues, es el negocio fiduciario en sí¹⁴⁹. Pero, aunque en principio se señalen como igual de factibles el negocio fiduciario directo (o no disimulado) y el negocio fiduciario disimulado, se termina por reconocer que lo más habitual es que el negocio fiduciario se oculte o disimule tras la apariencia de un negocio diverso¹⁵⁰. Es más, se llega incluso a admitir que en la praxis jurisprudencial no es posible detectar supuesto alguno en que el contrato de fiducia que se haya otorgado abierta y ostensiblemente, sino que siempre se ha documentado de forma disimulada¹⁵¹. En tales circunstancias, el negocio fiduciario es un negocio disimulado, y como tal, verdadero y querido por las partes. Como en cualquier otro caso de simulación relativa, el negocio simulado o externo sería falso, mientras que el negocio fiduciario disimulado sería verdadero a pesar de permanecer oculto¹⁵².

A nuestro juicio, el negocio fiduciario es un negocio complejo, pues se compone de dos partes o declaraciones, una externa y ostensible, y otra interna, que necesariamente ha de mantenerse oculta¹⁵³, lo que, según la doctrina que estimamos más correcta, implica simulación¹⁵⁴. En cualquier caso, la jurisprudencia subraya que entre las partes, entre el fiduciante y el fiduciario, no puede prevalecer la apariencia creada por el negocio indirecto sobre el

¹⁴⁷ RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., pp. 115, 123 y 258.

¹⁴⁸ JORDANO BAREA, «Naturaleza...», cit., pp. 829; ID., «Negocio fiduciario...», cit., 1020 y 1032; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., pp. 114-116, 134-135, 163-164 y 258.

¹⁴⁹ Como bien dice CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, p. 44, no puede hablarse de negocio fiduciario disimulado como no sea concibiendo una *causa fiduciae* atípica.

¹⁵⁰ JORDANO BAREA, «Negocio fiduciario...», cit., pp. 1020 y 1032; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., pp. 115-116 y 163-164.

¹⁵¹ RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., p. 274.

¹⁵² RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., pp. 123 y 258. En este sentido, la STS 18 febrero 1965 caracteriza el negocio fiduciario, frente al simulado, como un negocio querido con soporte en una causa verdadera.

¹⁵³ Subrayan la absoluta necesidad de que el pacto fiduciario se mantenga oculto, ALBALADEJO, «El llamado...», cit., pp. 666 ss.; ARROYO I AMAYUELAS, «Comentario a la STS de 17 septiembre 2003», *CCJC*, 2004, p. 666; CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1772; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa...*, cit., pp. 219-220; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 418 y 431; DE LOS MOZOS, «Negocio...», cit., p. 1032.

¹⁵⁴ ALBALADEJO, «El llamado...», cit., pp. 666 ss.; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa...*, cit., pp. 219-220; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 418 y 431; DE LOS MOZOS, «Negocio...», cit., pp. 1029 y 1032.

negocio real directo de garantía¹⁵⁵, lo cual coincide con uno de los principios fundamentales que rigen el procedimiento simulatorio, esto es, que entre las partes la voluntad real prevalece sobre la declarada: las partes se conducen con arreglo a lo pactado en el acuerdo simulatorio, rigiendo entre ellas la verdadera voluntad negocial plasmada en el convenio simulador y oculta a terceros¹⁵⁶.

Mas, entre aquéllos que admiten la existencia de simulación relativa en la fiducia (bien sea de forma necesaria, bien como mera posibilidad), no reina el acuerdo en lo relativo a la naturaleza y caracteres del negocio disimulado. Para los que defienden la viabilidad en nuestro Derecho de una atípica *causa fiduciae* con virtualidad suficiente para transmitir el dominio, lo disimulado sería el contrato de fiducia, contrato de garantía con carácter transmisivo de la propiedad¹⁵⁷. De seguirse esta tesis, habría que negar la posibilidad de usucapición por parte del fiduciario, por la obvia razón de que el que ya es propietario no puede usucapir. En efecto, si el contrato disimulado o verdaderamente querido por las partes tiene naturaleza traslativa del dominio, y siempre, eso sí, que reuniese los requisitos de validez exigidos por la Ley, se adquiriría por razón del título, no por razón de usucapición¹⁵⁸.

Desde otra perspectiva, se discute acerca de si lo disimulado es un préstamo, una garantía o un préstamo con garantía. Así, según Carrasco Perera, en la fiducia *cum creditore*, «el único negocio disimulado que cabría descubrir sería un mutuo, pero no un negocio de garantía real»¹⁵⁹. También se ha sostenido que, si atendemos al medio, lo disimulado es un negocio de garantía¹⁶⁰, y, si atende-

¹⁵⁵ SSTS 19 mayo 1989 y 13 febrero 2003. Según PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.*, p. 63, una vez superados los postulados más radicales de la teoría del doble efecto «en la relación entre las partes nunca podrá sustentarse la situación de apariencia creada, sino la efectivamente producida». Cfr. GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 580.

¹⁵⁶ CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 141. En el mismo sentido, CLAVERÍA GOSÁLBEBZ, *La causa...*, cit., p. 211; DE CASTRO, *op. cit.*, p. 360; JORDANO FRAGA, *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Bolonia, 1988, pp. 204 ss.; VERDERA TUELLES, *op. cit.*, pp. 45-46.

¹⁵⁷ JORDANO BAREA, «Negocio fiduciario...», cit., pp. 1020-1032; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., pp. 128, 135, 163-164, 252 y 258. La jurisprudencia adolece de falta de uniformidad en lo terminológico. Lo tradicional era afirmar que el contrato traslativo encubría un negocio fiduciario (SSTS 5 diciembre 1959, 18 abril 1988, 19 mayo 1989, 30 enero 1991, 22 febrero 1995 y 18 marzo 1997). Tampoco es infrecuente que se afirme que la venta encubre o disimula una «venta en garantía», lo cual no parece demasiado correcto (SSTS 14 marzo 2002 y 11 junio 2007. Cfr. SANCÍÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 222). En los últimos tiempos, la jurisprudencia habla, con mayor rigor, más que de «venta» en garantía, de «transmisión» en garantía (STS 14 marzo 2002), y, en consecuencia, considera que lo que subyace oculto o disimulado bajo la compraventa es el «negocio de transmisión de propiedad en garantía» (SSTS 26 abril 2001, 26 julio 2004 y 30 mayo 2008).

¹⁵⁸ Cfr. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., p. 144.

¹⁵⁹ CARRASCO PERERA, «La transmisión...», cit., p. 808.

¹⁶⁰ ALBALADEJO, «El llamado...», cit., pp. 667-668 y 674-675; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 408-409; GINEBRA MOLINS, *op. cit.*, pp. 763; REGLERO CAMPOS, «El pacto...», cit., p. 1923; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 363. La STS 22 mayo 1956 nos dice que en la

mos al resultado, lo disimulado u ocultado sería un derecho real de garantía atípico, o, al menos, una garantía atípica¹⁶¹.

A nuestro juicio, lo disimulado en el negocio fiduciario *cum creditore* o venta en garantía es un negocio de garantía no transmisivo del dominio¹⁶². El título simulado (venta) no es apto para la usucapión ordinaria, pues no es justo, ni válido, ni, por supuesto, verdadero, sino falso. Por su parte, el verdadero título, el título disimulado (negocio de garantía no transmisivo del dominio), si bien podría ser válido, nunca podrá merecer el calificativo de justo pues carece de virtualidad traslativa del dominio.

Para finalizar, conviene poner de manifiesto que han negado que el título fiduciario sea verdadero incluso aquéllos que no lo consideran simulado. Así, Sancinena Asurmendi estima válido el negocio fiduciario en tanto en cuanto no constituye un negocio simulado, lo cual no le impide calificar al negocio fiduciario como título no verdadero a efectos de la usucapión ordinaria¹⁶³.

1.1.3 Validez

La tendencia general de la jurisprudencia ha sido la de considerar válida y eficaz la venta en garantía, paradigma de los negocios

fiducia se «encubre una operación de garantía bajo una aparente transmisión», mientras que la STS 28 febrero 1968 prefiere hablar de «contrato complejo de garantía» más que de fiducia *cum creditore*. Por ello se ha dicho –con razón– que «si la “venta” con función de aseguramiento es fiduciaria, no hay tal venta, sino un contrato de garantía de particular eficacia» (LACRUZ, *Elementos...*, II-2.º, cit., p. 190). En el mismo sentido, ALBALADEJO, «El llamado...», cit., p. 667; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *op. cit.*, pp. 54, 59 y 64-65; FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, «Influencia de la práctica en la evolución de la estructura de los derechos reales», *RDN*, 1989, enero-marzo, p. 170; FUENTESECA, *op. cit.*, p. 66; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «Comentario...», cit., p. 1267; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 355; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III-3º, Barcelona, 1983, pp. 379-380. Por eso, en alguna ocasión, el Tribunal Supremo ha considerado preferible hablar, más que de «venta», de «transmisión» en garantía (STS 14 marzo 2002).

¹⁶¹ Por todos, GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 231, 234, 241-242 y 249-251. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1782 ss., pese a considerar problemática la calificación del derecho del fiduciario como «real o cuasi-real» (p. 1782), se decanta por configurarlo a imagen y semejanza de los derechos reales de garantía (pp. 1783, 1793-1810 y 1826). La jurisprudencia se ha referido también a la venta en garantía como una «garantía atípica» (STS 14 marzo 2002), «garantía real atípica» (STS 16 mayo 2000), o como generadora de un «derecho real atípico» (STS 13 mayo 1998).

¹⁶² ALBALADEJO, «El llamado...», cit., pp. 667-668 y 674-675; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 408-409, 423 y 431.

¹⁶³ SANCINENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 222-223. A falta de mayores especificaciones, creemos que este modo de proceder adolece de cierta falta de coherencia, pues no resulta fácil comprender por qué no es verdadero un título que es reputado como no simulado. Conviene señalar que esta autora no sigue la teoría del negocio fiduciario como negocio simulado relativamente, sino aquella otra que defiende la transmisión de una propiedad o titularidad formal; pensamos que en el planteamiento que realiza de la cuestión subyace la idea de LACRUZ de calificar el negocio empleado fiduciariamente como aparente (y, en consecuencia, no verdadero en sentido estricto, aunque, en rigor, tampoco simulado). Cfr. JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., pp. 1447-1449.

fiduciarios *cum creditore*. No obstante, debemos advertir que, en la inmensa mayoría de las ocasiones, ese reconocimiento jurisprudencial de la validez y eficacia del negocio fiduciario de garantía ha tenido lugar en litigios planteados entre el fiduciante y el fiduciario, es decir, en la relación entre las partes que lo otorgan¹⁶⁴. La opinión de De Castro, quien señaló que no existía ningún obstáculo que se opusiera «a la validez “inter partes” de la venta en garantía»¹⁶⁵, ha sido seguida muy de cerca por el Tribunal Supremo, que ha declarado que la titularidad fiduciaria ha de desplegar eficacia entre las partes conforme a lo convenido, debiendo observar el fiduciante la obligación de respetar y mantener la situación anómala creada, pues en tanto no se produzca el cumplimiento de la deuda garantizada, el fiduciario dispondrá de un *ius retinendi* sobre la cosa dada en fiducia (SSTS 21 marzo 1969, 2 junio 1982, 6 abril 1987, 8 marzo 1988, 7 marzo 1990 y 30 enero 1991)¹⁶⁶. La tesis que parece imperar todavía en nuestro país es la de la validez del negocio fiduciario *cum creditore*, si bien provisto de una «limitada eficacia real», que no equivale a una auténtica transmisión del dominio entre las partes, sino a la creación de una mera titularidad formal o fiduciaria¹⁶⁷.

En nuestra opinión, la validez y eficacia de la fiducia *cum creditore* se debe encuadrar dentro de problemáticas bastante más amplias. Por un lado, y partiendo de la base del negocio fiduciario como negocio atípico de estructura compleja que se descompone en un doble plano, externo (transmisión de la propiedad operada mediante un contrato transmisivo típico otorgado en escritura pública) e interno (pacto privado por el que se limita entre las partes el alcance de la transmisión a los fines de mera garantía), su eficacia jurídica debe ser puesta en relación con los arts. 1219 y 1230 CC, es decir, con la eficacia de los llamados contradocumentos o contradecларaciones para desvirtuar lo pactado en escritura pública: mientras que rige el principio de la plena validez entre las partes de las contraescrituras, con relación a los terceros, el contradocumento público les es sólo oponible si se

¹⁶⁴ Esta circunstancia ha sido puesta de relieve por GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 241, 262 y 269. También lo ha apreciado así PARA MARTÍN, *op. cit.*, p. 731. A consecuencia de ello, se ha señalado que llega a resultar intrascendente sostener que el fiduciario tiene la plena propiedad, limitada obligacionalmente por la *causa fiduciae*, que sostener que tiene una titularidad fiduciaria con fines de garantía (CARRASCO PERERA, «Comentario a la STS de 30 mayo 2008», *CCJC*, 2008, p. 1523; MARÍN LÓPEZ, «La transmisión...», *cit.*, p. 618, nota 17).

¹⁶⁵ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 431.

¹⁶⁶ La STS 14 febrero 1996 insiste en la idea de que la titularidad formal o fiduciaria desplegará su «eficacia entre las partes», en tanto el fiduciante no acredite haber abonado en su integridad la deuda.

¹⁶⁷ Por todos, *vid.* GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 104-105 y 322.

dan los presupuestos que exige el artículo 1219 CC, y el documento privado no les puede ser opuesto en ningún caso *ex* artículo 1230 CC¹⁶⁸. La posible eficacia *erga omnes* de la venta en garantía se encuentra en estrecha conexión con la publicidad de que sea objeto ante terceros, de modo que éstos sólo se podrán ver perjudicados por ella en la medida en que la conozcan o puedan conocerla¹⁶⁹. Como, con acierto, expone Lacruz respecto de la eficacia de la fiducia frente a terceros, «la responsabilidad del fiduciante por la creación de un contrato típico sin advertir su utilización fiduciaria hará inoperantes tales limitaciones frente a los adquirentes de buena fe y por título oneroso. No significa esto crear nuevos tipos de derecho real, sino discernir la oponibilidad o no de las modalidades limitativas de una transmisión con arreglo a los criterios más corrientes de nuestro ordenamiento»¹⁷⁰. En consecuencia, el pacto interno fiduciario sólo es eficaz *inter partes*, no es oponible a los terceros. Así, el Tribunal Supremo, en las SSTs 12 febrero 1988 y 17 septiembre 2003, ha declarado que la apariencia jurídica que genera el negocio fiduciario sirve para proteger a los terceros acreedores que embargan los bienes transmitidos, por deudas del fiduciario, frente a la tercería de dominio del fiduciante, basándose en la inoponibilidad frente a terceros del documento privado que contiene el pacto fiduciario por el que se limita el alcance transmisivo de la escritura pública a los simples efectos de garantía de una deuda preexistente¹⁷¹. No obstante, debemos señalar que, en alguna ocasión, el Tribunal Supremo ha admitido que los efectos propios del *ius retinendi* no se limitan a las relaciones internas entre fiduciante y fiduciario, sino que son oponibles a terceros. En este sentido, la STS 26 julio 2004 reconoce al fiduciario un derecho de retención sobre la cosa oponible frente a otros acreedores del fiduciante-deudor en un

¹⁶⁸ Sobre esta materia puede verse el completo estudio de RODRÍGUEZ ADRADOS, *op. cit.*, pp. 229 ss., especialmente, pp. 367 ss. Cfr. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *op. cit.*, p. 58; GARRIGUES, *op. cit.*, p. 31; HERNÁNDEZ GIL, «Notas...», *cit.*, pp. 691, 693 y 694.

¹⁶⁹ GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 269; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 557; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.*, p. 65.

¹⁷⁰ LACRUZ, *Elementos...*, II-2.º, *cit.*, p. 193. Tras poner de manifiesto que prácticamente nadie pone en duda la validez entre las partes de la venta en garantía, GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 556, señala que su contenido básico radica en la creación de una titularidad formal, fiduciaria o aparente, que opera ante y para terceros; de ahí que las mayores dificultades de la venta en garantía surgen al analizar su posible eficacia *erga omnes*.

¹⁷¹ Cfr. CARRASCO PERERA, «La transmisión...», *cit.*, p. 806; MARÍN LÓPEZ, «La transmisión...», *cit.*, p. 633, texto y nota 63. En sentido análogo, QUICIOS MOLINA, *Efectos de las garantías reguladas por la Ley de ventas a plazos de bienes muebles en caso de incumplimiento del comprador y concurrencia de acreedores*, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 170-171, señala, con relación al pacto de reserva de dominio, que lo realmente problemático no es su validez *inter partes*, sino su eficacia frente a terceros (acreedores del comprador, acreedores del vendedor, subadquirentes de la cosa vendida).

supuesto de suspensión de pagos de éste¹⁷². Por otro, y en estrecha relación con lo anterior, estimamos que la validez y eficacia del negocio fiduciario se debe encuadrar dentro del régimen general de la simulación relativa, pues todo negocio fiduciario es simulado relativamente: se realiza en apariencia un negocio jurídico, queriendo y llevando a cabo en realidad otro distinto; las partes concluyen un negocio verdadero que ocultan bajo la apariencia de otro diverso, de modo que su auténtica naturaleza permanece oculta, se sustrae al conocimiento de terceros. Bajo la –falsa– apariencia de una compraventa (contrato simulado) existe un negocio realmente querido (contrato disimulado de garantía) al que se le debe reconocer eficacia *inter partes*: el negocio disimulado vale entre las partes porque es el realmente querido por ellas; el pacto de limitación del alcance de la transmisión a los solos fines de garantía opera entre fiduciante y fiduciario, pero no perjudica a los terceros que de buena fe tuvieron por real al contrato simulado¹⁷³. En consecuencia, la no oponibilidad del pacto fiduciario, en cuanto que mero acuerdo simulatorio, a los terceros gozaría de un claro fundamento legal en los arts. 1219 y 1230 CC¹⁷⁴.

La orientación doctrinal más consolidada a día de hoy es aquélla que considera a los negocios fiduciarios como una subespecie de los llamados negocios anómalos. La fiducia sería una anomalía negocial (en concreto, una anomalía causal), encuadrada junto a otras anomalías más o menos cercanas (negocios simulados, indirectos y en fraude de ley)¹⁷⁵. Compartimos esta tesis, pues creemos que la fiducia es una anomalía negocial que se incardina dentro de otra más amplia, la simulación relativa, ya que, en última instancia, el procedimiento fiduciario no es más que una manifestación concreta del procedimiento simulatorio¹⁷⁶. No obstante, algunos consideran que la califi-

¹⁷² Cfr. PARRA LUCÁN, «Comentario a la STS de 26 julio 2004», *CCJC*, 2005, pp. 804-805 y 809-810 (con cita de doctrina acerca de la oponibilidad o no del derecho de retención a la masa del concurso de acreedores); REGLERO CAMPOS, «El pacto...», cit., p. 1932.

¹⁷³ Cfr., por todos, CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 141 ss.; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 408 ss.; VERDERA TUELLS, *op. cit.*, pp. 26 y 46 ss.

¹⁷⁴ Cfr. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 143-144; GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.*, pp. 363 y 381. Sobre la relación entre los arts. 1219 y 1230 CC y la teoría de la simulación, vid. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 121-122; DE CASTRO, *op. cit.*, p. 362; RODRÍGUEZ ADRADOS, *op. cit.*, pp. 235, nota 14 y 237 ss.

¹⁷⁵ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 329-457, seguido por DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, I, cit., pp. 502-517; GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.*, pp. 379-382; GULLÓN, *op. cit.*, pp. 119-143; Lacruz, *Elementos...*, II-1º, cit., pp. 454-458; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, II-1º, cit., pp. 439-494. El Tribunal Supremo ha empleado la expresión «convenio anómalo» para caracterizar al negocio fiduciario (SSTS 16 noviembre 1999, 7 junio 2002, 31 octubre 2003 y 30 marzo y 26 julio 2004), o ha señalado que produce una «situación anómala» (STS 2 junio 1982).

¹⁷⁶ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 329-330 y 409 (a quien sigue GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 323 y 363), considera tanto fiducia como simulación como simples procedimientos anómalos y deformadores del negocio jurídico.

cación del negocio fiduciario como negocio anómalo es inadecuada, pues arrastra la tacha o prejuicio de invalidez del mismo, cuando se parte de lo contrario, esto es, de su validez¹⁷⁷.

En alguna ocasión, el Tribunal Supremo ha intentado distinguir fiducia y simulación relativa sobre la base de que, aunque en las dos figuras existen dos negocios, en la fiducia, tanto el negocio real traslativo como el negocio obligatorio son válidos, mientras que en la simulación relativa, el negocio simulado es siempre ineficaz, pudiendo en su caso ser válido el negocio disimulado (STS 23 septiembre 2002)¹⁷⁸. Con mejor criterio, la STS 14 marzo 2002 señala que nada obsta a que la venta en garantía «pueda ser considerada existente y válida como negocio disimulado (art. 1276 CC), encubierto bajo otro negocio aparente carente de causa o con causa falsa, y por ello nulo, o mejor, inexistente (“nullum vero substantiam”), con lo que se produce una hipótesis de simulación relativa», por lo que, concluye, la venta en garantía es «verdadera y válida (al menos en la relación “inter partes”)»¹⁷⁹.

La eficacia del negocio fiduciario dependerá de la voluntad de las partes manifestada en el pacto fiduciario, pacto interno, oculto a terceros, en el que los otorgantes establecen cuál es su verdadera voluntad, cuáles son los efectos realmente pretendidos. El pacto fiduciario tiene un doble contenido: por un lado, negativo (destruye la apariencia de validez y veracidad del negocio simulado); por

¹⁷⁷ GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 234, 255 y 263, nota 69, quien además considera que la denominación «titularidad formal» o «titularidad fiduciaria» empleada para caracterizar lo transmitido al fiduciario no es tampoco demasiado apropiada, pues conlleva una posible ilicitud (formal como equivalente a simulado o aparente). Por su parte, SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 222-223, texto y nota 444, defensora de la tesis de la transmisión de la propiedad formal, y, en consecuencia, de la distinción entre el negocio fiduciario y el simulado, estima que el negocio fiduciario ha sorteado, entre otros escollos que ponían en tela de juicio su validez, su consideración como negocio simulado.

¹⁷⁸ Esta sentencia parece reflejar el criterio de HERNÁNDEZ GIL, «Notas...», *cit.*, p. 700, para quien fiducia y simulación relativa son semejantes en tanto que ambas se componen de dos declaraciones de voluntad, sin embargo, en el «negocio relativamente simulado, el contenido de una de las declaraciones de voluntad (la del negocio simulado) es sólo aparente, aunque sea real el contenido de la declaración del negocio disimulado; mientras que en el negocio fiduciario, ambas declaraciones, tanto la del contrato real positivo como la del contrato obligatorio negativo, tienen un contenido real efectivo». VERDERA TUELLS, *op. cit.*, pp. 37-38, defiende una idea similar, pues afirma que en el negocio fiduciario «tanto el elemento real como el obligatorio son queridos real y positivamente por las partes». Cfr., en parecido sentido, COSSÍO, *op. cit.*, pp. 293-294.

¹⁷⁹ En el mismo sentido, se pueden citar otras sentencias, tanto anteriores como posteriores. Según la STS 25 septiembre 1956, «la relación jurídica compleja del negocio fiduciario “inter partes”, o más bien, y sobre todo respecto de terceros [se configura como], un negocio relativamente simulado con secuela de que, el vínculo obligacional objeto de la fiducia, o el encubierto por simulación, sería el único eficaz ante el derecho»; por otra parte, las SSTS 23 abril 2004 y 9 marzo 2006 señalan que en la fiducia se produce una discordancia entre la voluntad interna y la declarada, constitutiva de simulación contractual relativa, en la que, en principio, el negocio disimulado será considerado válido y eficaz, mientras que el simulado habrá de reputarse inexistente por carecer de causa.

otro, positivo (a través de él se fija la naturaleza del negocio disimulado). El poder que se confiere al fiduciario estará en consonancia con la causa del negocio disimulado¹⁸⁰.

«No parece, pues –como afirma De Castro– que haya nada que se oponga a la validez “inter partes” de la venta en garantía», mas, sin dejar de tener presente que la «posibilidad de que ella oculte la imposición de una cláusula comisorio en favor del fiduciario o prácticas usurarias, podrá siempre ser reprimida por los tribunales, como actos en fraude a la ley»¹⁸¹.

En efecto, desde antaño se ha venido cuestionando la validez de los negocios fiduciarios por suponer una vulneración oblicua o indirecta de la norma que prohíbe el pacto comisorio, o, en otras palabras, por constituir negocios en fraude de ley (arts. 6.4, 1859 y 1884 CC)¹⁸². Aunque es innegable la proximidad entre el negocio fiduciario y el negocio en fraude de ley, ambas figuras no se identifican en todo caso. Los negocios fiduciarios de garantía pueden ser otorgados en fraude de ley, pero no son necesariamente negocios fraudulentos¹⁸³. Fiducia y fraude no constituyen un único fenómeno jurídico, pues cabe la posibilidad de negocios fiduciarios no fraudulentos y de negocios en fraude de ley que no utilizan el procedimiento fiduciario; pero, no puede negarse que el ocultamiento del pacto fiduciario, propio del negocio fiduciario, le tacha de sospechoso de fraude, pues se le esconde por o para algo¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Según DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 408-409, 422-424 y 431, la eficacia del negocio fiduciario, esto es, el contenido de la titularidad fiduciaria se encuentra «en dependencia estricta de los pactos que la originan, y con arreglo a ellos tendrá mayor o menor alcance»: el fiduciario, supuesto adquirente, falso dueño de la *res fiduciae*, tendrá sobre ella un verdadero poder en función del pacto fiduciario disimulado, poder distinto que puede ser de garantía o de mandato. Sobre la necesidad de acudir a la voluntad de los otorgantes del negocio fiduciario para fijar su contenido, en la medida que «sólo puede producir los efectos realmente queridos por ellos», cfr. LACRUZ, *Elementos...*, II-2.º, cit., p. 190.

¹⁸¹ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 431-432.

¹⁸² DE CASTRO, *op. cit.*, p. 418; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, 1954, p. 225, nota 6. En la doctrina italiana, BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, 1949, p. 284; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, Napoli, s.f., p. 634; CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, Milano, 1996, pp. 64-65.

¹⁸³ ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, 1954, p. 225, texto y nota 6, señala que «la fraudulencia no es una nota esencial en el negocio fiduciario», aunque «un negocio fiduciario puede ser o no ser *fraudulento* en el sentido de estar o no estar otorgado para eludir una norma legal prohibitiva o para defraudar a terceros», para, finalmente, advertir sobre la posibilidad de que «un negocio fiduciario de garantía sirva para eludir la prohibición del pacto comisorio». Cfr. NAVARRO FERNÁNDEZ, *El fraude de ley: su tratamiento jurisprudencial*, Madrid, 1988, pp. 70-71. En contra, LACAL FUENTES, «El tema del negocio fiduciario», *RDP*, 1950, p. 782, para quien la transmisión de la propiedad con fines de garantía es con toda evidencia un negocio en fraude de ley.

¹⁸⁴ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 418. Aprovechamos la ocasión para volver a poner de manifiesto como DE CASTRO identifica el procedimiento fiduciario y el procedimiento simulatorio, pues ambos se basan en el ocultamiento, bien del pacto fiduciario, bien del acuerdo simulatorio. Desde esta perspectiva, parece lógico que tanto un procedimiento (fiduciario) como el otro (simulatorio) resulten sospechosos por igual (*op. cit.*, pp. 418 y 350-352, respectivamente). Por su parte, SOLS LUCÍA, *El fraude a la ley. Estudio analítico*

Para poder responder a la pregunta de si los negocios fiduciarios de garantía infringen la prohibición del pacto comisorio debemos precisar qué se entiende por éste. Tendremos que distinguir, a su vez, entre pacto comisorio típico y autónomo. El primero de ellos es contemplado por el legislador (arts. 1859 y 1884 CC) como un pacto que se puede añadir a las garantías reales típicas (hipoteca, prenda y anticresis), y en cuya virtud, llegado el vencimiento del crédito garantizado, el acreedor podrá optar entre exigir el pago de la deuda o apropiarse de la cosa dada en garantía¹⁸⁵. El denominado pacto comisorio autónomo consiste también en la facultad de apropiación del acreedor de un bien del deudor si éste no cumple la obligación asegurada, mas cuya característica diferencial radica en no hallarse coligado a una precedente o contextual garantía real típica¹⁸⁶.

El pacto comisorio autónomo puede derivar de diversos negocios o combinaciones de negocios encuadrables todos ellos dentro del genérico concepto del negocio fiduciario de garantía, venta o enajenación en garantía (*ad. ex.* venta, pura o con pacto de retro en garantía, *sale and lease-back*, venta seguida de opción de recompra). Es más, si se observa la praxis negocial, se puede apreciar que los pactos comisorios han desaparecido de las garantías reales típicas, constituyendo la hipótesis más habitual en la práctica la del pacto comisorio autónomo¹⁸⁷. Pero ello no implica de ninguna manera una equiparación entre la venta o enajenación en garantía y

del artículo 6.4º del Código civil en la doctrina y jurisprudencia, Barcelona, 1989, p. 126, parece ir algo más lejos, ya que tras señalar que el ocultamiento del pacto fiduciario lo hace sospechoso de fraude, afirma que «si bien se trata de dos negocios completamente distintos, en la práctica será difícil hallar un caso de fiducia que no vaya revestido o promovido, confidencialmente, de fraude a la ley».

¹⁸⁵ Cfr. DURÁN RIVACOBÁ, *La propiedad...*, cit., p. 68; REGLERO CAMPOS, «Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, II-1, coordinado por NIETO CAROL y MUÑOZ CERVERA, Madrid, 1996, p. 421; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., p. 202. Según CARRASCO PERERA, «Comentario a la RDGRN de 30 junio 1987», *CCJC*, 1987, p. 4933, el pacto comisorio supone la «facultad de apropiación del acreedor de un bien del deudor causalizada al impago de un débito simultáneo o anterior al contrato donde se pactó la facultad de apropiación».

¹⁸⁶ BUSTOS PUECHE, «Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio», *ADC*, 1990, p. 567; DURÁN RIVACOBÁ, *La propiedad...*, cit., p. 68; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 455; REGLERO CAMPOS, «Ejecución...», cit., p. 421. En la doctrina italiana, CARNEVALI, «Patto commissorio», en *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, Milano, 1982, p. 502, define el pacto comisorio autónomo como «una convenzione che, senza collegarsi ad una contestuale o preesistente garanzia nominata, preveda il futuro passaggio della proprietà di un determinato bene del debitore al creditore in caso di inadempimento».

¹⁸⁷ Se habla, pues, de pacto comisorio oculto o encubierto: DURÁN RIVACOBÁ, *La propiedad...*, cit., p. 68 y 121; REGLERO CAMPOS, «Ejecución...», cit., pp. 426, 428 y 437. Sobre las diversas fórmulas de pacto comisorio encubierto, *vid.* DURÁN RIVACOBÁ, *La propiedad...*, cit., pp. 125-264. Para el Derecho italiano, cfr. CARNEVALI, *op. cit.*, pp. 502 y 504.

el pacto comisorio autónomo, pues éste constituye una convención funcionalmente distinta a la venta en garantía, y eventualmente accesoria a la misma¹⁸⁸. El negocio fiduciario *cum creditore* no implica de por sí pacto comisorio¹⁸⁹; dicho pacto no se halla ínsito en la propia estructura de la fiducia *cum creditore*¹⁹⁰: sólo existirá, pues, pacto comisorio en la fiducia si así se hubiere acordado¹⁹¹, explícita¹⁹² o implícitamente¹⁹³.

¹⁸⁸ GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 456.

¹⁸⁹ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1801; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 456-457 y 579; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., p. 203; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 222, nota 445. Con su habitual autoridad, DE CASTRO, *op. cit.*, p. 385, afirma: «Está dentro de lo probable que un profesional del préstamo cuente con apropiarse de ese modo la propiedad de la finca entregada en garantía; no lo está, por el contrario, que ello sea objeto de acuerdo con el fiduciante». Por su parte, SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, p. 169, indica que en la fiducia *cum creditore* «es muy posible que los interesados para nada tengan en cuenta los efectos comisorios».

¹⁹⁰ En contra de esta afirmación, LACAL FUENTES, *op. cit.*, p. 782, para quien la transmisión fiduciaria de la propiedad para fines de garantía constituye un verdadero contrato *in fraudem legem*. Más recientemente, GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 256, modificando su postura inicial, afirma con rotundidad: «En la fiducia de garantía se incumple la prohibición del pacto comisorio ya de entrada porque ¿qué más abusivo que no admitir una garantía típica y acordar otra en la que existe ya una apropiación del objeto desde antes del incumplimiento de la obligación? La venta en garantía encierra, en sí misma, un pacto comisorio y, por ello, es nula». En esta línea, la STS 14 diciembre 1955 considera que el pacto de comiso se halla «ínsito» en las ventas con pacto de retro.

¹⁹¹ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1801, GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 457 y 579; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 360; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., pp. 203-205; RUBIO GARRIDO, *Jurisprudencia civil. Código Civil*, dirigido por PASQUAU LIAÑO, III, Granada, 2009, pp. 3654 ss.

¹⁹² RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., pp. 204-205, describe a la perfección cuál es el modo ordinario de configurar el pacto comisorio en la fiducia *cum creditore*: «el deudor transmite una propiedad en garantía, normalmente mediante escritura pública de compraventa, a la que se añade un documento privado o un acuerdo puramente verbal que manifiesta que la transmisión lo es sólo en garantía, que no existe verdadera compraventa, y que el adquirente se compromete a retransmitir cuando se extinga la deuda. Hasta aquí todo corresponde con un contrato de fiducia, transmisión de la propiedad en garantía; pero en el acuerdo privado se señala que, si no se paga la deuda en un plazo, el acreedor puede dar por extinguida la relación crediticia y la obligación de retransmitir, quedándose de modo definitivo con la propiedad del bien entregado». Por nuestra parte, podemos citar como un supuesto ejemplar de fiducia con pacto comisorio explícito el contemplado en la STS 19 mayo 1982: existiendo una serie de deudas entre dos personas, el deudor vendió en escritura pública una finca de su propiedad al acreedor; ambas partes otorgaron en la misma fecha un contrato privado en el que declaraban que la transmisión de la finca se había efectuado con finalidad de garantía, por lo que se concedía al transmitente la facultad de recuperarla mediante el abono de lo debido en concepto de capital e intereses (hasta este momento, pues, negocio fiduciario de garantía o fiducia *cum creditore*), mas se añadía que la falta de pago de dos mensualidades produciría la resolución del contrato, quedando en poder del fiduciario la finca descrita con todas sus mejoras (lo cual supone pacto comisorio). En esta resolución, el Tribunal Supremo, aun sin hacer referencia explícita a la prohibición del pacto comisorio, pues no fue oportunamente alegado, declaró que el fiduciario «no puede obtener más que la devolución íntegra de la cantidad reconocidamente adeudada, sin que pueda accederse a la solicitada incorporación a su patrimonio, por modo definitivo, del derecho de propiedad sobre la finca objeto de la compraventa, ya que no fue este efecto la finalidad perseguida sino que se quiso sólo el garantizar la efectividad de la devolución de la cantidad».

¹⁹³ Como indica GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 456-457 y 579, no es preciso que se pacte de un modo expreso la apropiación del bien por el acreedor en caso de incumplimiento, sino que basta con que se llegue a ese resultado a través de cualquier tipo de fór-

A día de hoy, la inmensa mayoría de la doctrina entiende que el denominado pacto comisorio autónomo queda comprendido dentro del radio de acción de los arts. 1859 y 1884 CC, o, en otros términos, que la prohibición del pacto comisorio se extiende o alcanza a los negocios fiduciarios de garantía¹⁹⁴. En cambio, no existe acuerdo en cuanto a la forma de justificar la aplicación de la prohibición comisorio a la fiducia *cum creditore*¹⁹⁵. La aplicación de la prohibición contenida en los arts. 1859 y 1884 CC a los negocios fiducia-

mula o procedimiento. Observemos, por ejemplo, el caso planteado en la STS 26 abril 2001: el mismo día del otorgamiento de una escritura de compraventa con pacto de retro de una casa, se suscribió un documento privado en el que, tras exponer la existencia de una deuda, para cuyo pago se expedían una serie de cambiales, se declaraba que «en garantía del pago de dichas cambiales» se había otorgado la escritura de compraventa, estableciéndose las condiciones para el ejercicio del pacto de retroventa (que se hubieren hecho efectivas a sus respectivos vencimientos las cambiales). El Tribunal Supremo consideró que, atendiendo sin más a la literalidad de la escritura pública y documento privado coetáneo, «lo que las partes han pactado no es sólo una transmisión de la propiedad con fines de garantía, sino la adquisición de la misma si se impaga la deuda garantizada». Las SSTS 15 junio 1999 y 20 diciembre 2007 abordan supuestos muy semejantes, otorgamiento sucesivo de escritura pública de compraventa y documento privado en el que se señala que la transmisión se hace con fines de garantía y se establece un derecho de retracto convencional como medio o instrumento de recuperación del bien por el fiduciante, una vez satisfecha la obligación garantizada. Pues bien, en ambos casos, el Tribunal Supremo estimó que la venta simulada encubría la garantía de un préstamo, y que ésta no consistía sino en la facultad del acreedor de hacer suyas las fincas dadas en garantía, lo cual constituye pacto comisorio prohibido. No es, pues, casual que se haya puesto como ejemplo de pacto comisorio acordado implícitamente el de un retracto convencional cuya caducidad lleve aparejada la adquisición del pleno dominio en favor del adquirente en garantía (GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 579). Véanse también las Resoluciones de 5 junio 1991 y 18 octubre 1994 de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Otro ejemplo jurisprudencial de pacto comisorio acordado implícitamente se recoge en la STS 31 mayo 1965. Las partes otorgaron escritura pública de compraventa, y, a continuación, suscribieron un documento privado que encabezaron bajo la rúbrica «contrato obligacional en relación con el fiduciario a que se refiere», y en el que expresaron que la venta tenía por finalidad garantizar la restitución de un préstamo, y que, en consecuencia, dicha venta se resolvería hecho el pago por el deudor en el plazo señalado. En estas circunstancias, el Tribunal Supremo declaró que la simulada venta no era más que un medio de encubrir un préstamo, obligando al recurrente a otorgar escritura de retransmisión de las fincas previo pago por el recurrido del importe del préstamo y de sus intereses, rechazando el supuesto derecho invocado por el demandado a «incautarse de las fincas fundado en el impago del capital prestado» sobre la base de entender que ello implicaría «pacto comisorio no permitido por la Ley». Por último, la jurisprudencia ha declarado también la existencia de comiso pactado implícitamente en casos de venta seguida de arrendamiento financiero (*sale and lease-back*): SSTS 16 mayo 2000 y 10 febrero 2005.

¹⁹⁴ *Vid.*, entre otros, BUSTOS PUECHE, *op. cit.*, pp. 567-568; CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1800-1805; CARAMÉS PUENTES, *op. cit.*, p. 135; CARRASCO PERERA, «Comentario a la RDGRN de 30 junio 1987», *cit.*, p. 4934; DURÁN RIVACOBIA, *La propiedad...*, *cit.*, pp. 68 y 125-264; GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 256 ss.; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 496 ss.; IRURZÚN GOICOA, «La cláusula resolutoria y el pacto comisorio», en *Estudios de Derecho privado*, II, Madrid, 1965, pp. 45-46; REGLERO CAMPOS, «Ejecución...», *cit.*, pp. 425-428; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 360-361; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, *cit.*, pp. 182, 202-204 y 211.

¹⁹⁵ En la doctrina italiana también se ha debatido intensamente la aplicación, por vía directa o analógica, de la prohibición del pacto comisorio a las llamadas garantías atípicas. *Vid.* LUMINOSO, «Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio», *RDC*, 1990-I, pp. 219 ss.; SESTA, *Le garanzie atipiche*, I, Padova, 1988, pp. 27, 36 y 107.

rios de garantía se ha justificado mediante el empleo de diferentes expedientes técnicos:

- la postura más tradicional consiste en aplicar la prohibición a los negocios fiduciarios a través de las figuras de la simulación y el fraude de ley¹⁹⁶;
- una segunda corriente defiende la aplicación por analogía *legis* de los arts. 1859 y 1884 CC a los negocios fiduciarios¹⁹⁷;
- una tercera postura, probablemente con el fin de evitar los recelos que suscita en este ámbito la analogía *legis*, propugna la aplicación de la prohibición del pacto comisorio a los negocios fiduciarios por analogía *iuris*, al entender que los arts. 1859 y 1884 CC no deben verse sino como una simple manifestación de un principio que, con carácter general, proscribiera el comiso en toda clase de garantía real, sea ésta típica o atípica¹⁹⁸.

Ante la dificultad de la cuestión, quizá lo más prudente sea no decantarse en exclusiva por ninguna opción, sino proceder de manera ecléctica. Así, la STS 16 mayo 2000, considera «incuestionable» la aplicabilidad de la prohibición del pacto comisorio «a todo tipo de garantía atípica por coherencia del sistema, analogía (art. 4.1 CC), evitar el fraude de ley (S. 18 febrero 1997), y, como dice la Sentencia de 13 de mayo de 1998, dadas las razones de moralidad e interés general en que se asienta, por lo que constituye un límite al principio de la autonomía privada»¹⁹⁹. Se entiende que el pacto comisorio está proscrito con carácter general para todos los negocios de garantía, aun cuando la prohibición se halle ubicada en el ámbito de las garantías reales típi-

¹⁹⁶ Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 385, 418 y 431-432; DURÁN RIVACOBA, *La propiedad...*, cit., p. 120; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Notas al Tratado de Derecho civil*, I-2, 1.ª parte, Barcelona, 1981, pp. 116 y 125. BUSTOS PUECHE, *op. cit.*, pp. 571-572, señala que supuestos habitualmente considerados como constitutivos de pacto comisorio oculto deben ser tratados con arreglo a los principios de la simulación negocial.

¹⁹⁷ CARRASCO PERERA, «Comentario a la RDGRN de 30 junio 1987», cit., p. 4933; JORDANO BAREA, «Naturaleza...», cit., p. 832; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 360-361. En contra de la aplicación analógica, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *op. cit.*, pp. 116 y 125, y, según parece, FELIÚ REY, *op. cit.*, p. 137, que considera problemática la aplicación analógica de normas prohibitivas a casos que no coinciden literalmente con el supuesto de hecho de las mismas. Las SSTS 22 diciembre 1988 y 13 mayo 1998 admiten la aplicación, por analogía *legis*, de la prohibición contenida en los artículos 1859 y 1884 CC a los negocios fiduciarios de garantía.

¹⁹⁸ GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 382, 397-400 y 458; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., pp. 182, 204 y 211. MOLL DE ALBA LACUVE, «El pacto comisorio en el Código civil», en *Libro Homenaje a Jesús López Medel*, I, Madrid, 1999, pp. 201-202, concibe la prohibición del pacto comisorio como un principio general del Derecho cuyo ámbito de actuación se extiende más allá de las garantías reales.

¹⁹⁹ En este mismo sentido, FELIÚ REY, *op. cit.*, p. 138, partiendo de la consideración de que «el pacto comisorio se encuentra prohibido a todas luces», sostiene que dicha prohibición debe aplicarse a los negocios fiduciarios de garantía «bien sea directamente, analógicamente o acudiendo a la simulación, al fraude a la ley o al negocio indirecto».

cas²⁰⁰. Ésta es también la postura de la jurisprudencia. De forma terminante, la STS 26 abril 2001 declara que la «referida prohibición del pacto comisorio no debe entenderse circunscrita a los contratos de garantía típicos, sino también a los negocios indirectos que persigan fines de garantía». Asimismo, la STS 4 diciembre 2002 señala que a pesar de que el artículo 1859 CC se refiere sólo a la prenda e hipoteca, la interdicción del pacto comisorio «también resulta aplicable a los negocios de transmisión en garantía».

Por otra parte, la doctrina italiana considera que el artículo 2744 del Código Civil italiano –equivalente a los arts. 1859 y 1884 CC español– constituye una norma material, es decir, una norma que impide la obtención de un determinado resultado, cualesquiera que fuese el medio empleado para obtenerlo²⁰¹. Esta concepción es la que subyace en la STS 26 abril 2001: se entiende que la compleja operación negocial contenida en escritura pública y documento privado supone no sólo la transmisión de la propiedad con fines de garantía, sino la adquisición de la misma si se impaga la deuda garantizada, por lo que, en definitiva, «se pretende conseguir así el resultado que no permite la ley mediante la prohibición del pacto comisorio». Lo que se veda, pues, es la consecución de un resultado, siendo indiferente el tipo de fórmula o procedimiento empleado. La jurisprudencia registral ha expresado con gran claridad esta idea, señalando que nuestro Código Civil «rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor»²⁰².

En cuanto al alcance de la sanción del pacto comisorio, procede distinguir según se trate del pacto típico o del autónomo. En caso de pacto comisorio propio o típico, es decir, el que se añade a las garantías reales reguladas por la Ley (hipoteca, prenda y anticresis), se estima preferible la nulidad parcial, teniendo por no puesto el pacto comisorio, y dejando incólumes tanto el contrato principal como el contrato accesorio de garantía real típica²⁰³.

²⁰⁰ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1800; REGLERO CAMPOS, «Ejecución...», cit., pp. 425-426.

²⁰¹ Por todos, CARNEVALI, *op. cit.*, p. 502; SESTA, *op. cit.*, pp. 22 ss.

²⁰² Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 junio 1991 y 18 octubre 1994.

²⁰³ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, III, cit., p. 429; DURÁN RIVACOBA, *La propiedad...*, cit., pp. 121 ss.; GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XXIII, Madrid, 1990, p. 459; MAS ALCARAZ, «El pacto comisorio», en *Estudios de Derecho privado*, II, Madrid, 1965, p. 71; REGLERO CAMPOS, «Ejecución...», cit., p. 426.

Sin embargo, la doctrina está dividida en lo que respecta a la sanción que merece el pacto comisorio autónomo o impropio²⁰⁴. Un primer sector doctrinal estima que la inclusión en el negocio fiduciario de una cláusula comisorio no debe llevar a concluir la nulidad del entero negocio, sino que, en virtud del principio *utile per inutile non vitiatur*, la nulidad de la cláusula no se extiende al contrato²⁰⁵. Una segunda corriente de opinión considera que el pacto comisorio autónomo presenta perfiles específicos que impulsan a optar por la nulidad total como sanción más adecuada, es decir, que la nulidad afectará a todo el entramado o complejo negocial otorgado con finalidad de garantía²⁰⁶. Por último, un tercer grupo de autores recomiendan proceder caso a caso, sin realizar afirmaciones generales y apriorísticas²⁰⁷.

En la jurisprudencia más reciente prevalece la tesis que propugna la nulidad total, la nulidad de toda la operación en su conjunto, en caso de pacto comisorio autónomo. Esta tesis se ha originado en dos ámbitos. Por un lado, en supuestos de ventas en escritura pública seguidas de la concesión de un derecho de retracto convencional en documento privado²⁰⁸. Por otro, en caso de venta y arrendamiento financiero de retorno. La STS 10 febrero 2005 considera

²⁰⁴ JIMÉNEZ PARÍS, «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», *RCDI*, 2011, p. 1169, nota 27, señala que, a diferencia de lo que sucede respecto del pacto comisorio típico, el alcance de la nulidad del pacto comisorio autónomo «es cuestión más compleja que requiere un estudio especial».

²⁰⁵ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1801; JORDANO BAREA, «Naturaleza...», *cit.*, p. 832; REGLERO CAMPOS, «Ejecución...», *cit.*, p. 445; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, *cit.*, pp. 205-206. En la STS 13 marzo 1995, se alegó, por primera vez, en el recurso de casación, la nulidad del negocio fiduciario por infringir la prohibición del pacto comisorio, mas el Tribunal Supremo no acoge tal pretensión por ser cuestión nueva. A pesar de ello, con claro carácter de *obiter dicta*, declara que si dicha prohibición se considerase extensible a la fiducia *cum creditore* «a lo más que pudiera llegarse (...) sería a la anulación del pacto comisorio».

²⁰⁶ Esta solución, propugnada por CARRASCO PERERA, «Comentario a la RDGRN de 30 junio 1987», *cit.*, p. 4938, es también seguida por ANDREU MARTÍNEZ, «Admisibilidad del *lease-back* y prohibición del pacto comisorio. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 16 de mayo de 2000», *RDP*, 2001, p. 927; CORDERO LOBATO, *Comentarios al Código Civil*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 2139.

²⁰⁷ DURÁN RIVACOBA, *La propiedad...*, *cit.*, p. 123. En esta línea, GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 498-499 y 579, partiendo de que, ante todo, hay que estar al caso, considera que en los negocios fiduciarios de garantía se debe tratar de distinguir, en la medida de lo posible, entre cláusula comisorio inválida y negocio de garantía: la nulidad de la primera no debe acarrear en todo caso la nulidad de la entera operación negocial por ese único motivo; es decir, habrá que declarar la nulidad parcial del pacto comisorio o la nulidad total del negocio en su conjunto, si la primera no es posible por las singulares circunstancias concurrentes.

²⁰⁸ SSTs 15 junio 1999 y 20 diciembre 2007. Por más que dichas sentencias consideren el negocio simulado y no fiduciario, en verdad se trataba de un negocio simulado y, además, fiduciario. Según las citadas resoluciones, bajo la simulada venta subyace, disimulado, el verdadero negocio, la garantía del préstamo, y como ésta no consiste en otra cosa que en apropiarse de las fincas dadas en garantía, supone pacto comisorio prohibido. En consecuencia, procede la nulidad de toda la compleja operación negocial.

simulada la compleja operación de *sale and lease-back*, pues, en realidad, el negocio otorgado no es sino un préstamo con garantía real dirigido a eludir y vulnerar, de modo indirecto, la prohibición del pacto comisorio (fraude de ley), lo que «determina la nulidad radical de la supuesta transmisión patrimonial y, por ende, de todo el negocio jurídico complejo concluido por los interesados». La STS 16 mayo 2000 presenta especial interés por su detallada argumentación en favor de la nulidad total. De nuevo, se trata de una venta seguida de *leasing* de retorno. Tras defender la aplicabilidad de la prohibición del pacto comisorio a todo tipo de garantía atípica, reflexiona sobre el alcance de la nulidad. Según el Tribunal Supremo, «la apreciación de la nulidad del pacto comisorio (o de su efecto jurídico) no implica normalmente la ineficacia de la garantía, la cual sigue desarrollando su función en los términos convenidos y con arreglo a su naturaleza, y, por consiguiente, el negocio atípico de garantía, en principio, sólo deviene inválido en la medida que acarrea la apropiación definitiva, por el acreedor, del bien cuando se produce el incumplimiento de la obligación. Pero esta solución, de evidente aplicación en la hipótesis de utilización de la fórmula clásica (hacer suya dominicalmente hablando la cosa en el caso de incumplimiento del pago del crédito), no se aviene con la modalidad de operación de garantía que se examina en este litigio, porque la nulidad afecta a todo el negocio complejo, sin que sea posible aplicar la doctrina de la nulidad parcial, con arreglo a la cual quedaría subsistente la parte de la operación (préstamo) ajena a la propia función de garantía». Y añade que en «el supuesto que se enjuicia, la propia complejidad del negocio, integrado por sub-negocios íntimamente conexados, e incluso entrelazados, con una pluralidad de cláusulas que inciden, o están relacionadas, con los diversos aspectos o elementos del conjunto, conlleva a la aplicación del criterio de la nulidad total, aparte además de que tal solución es la que aconseja la dogmática jurídica cuando el crédito concedido al deudor está causalizado, en el sentido del artículo 1274 CC, a la puesta en garantía, y es la venta la que determina que se conceda el préstamo (deuda) constituyendo una contraprestación de esta concesión, por lo que el efecto de la invalidez incide, impregna, en todo el sinalagma». Las razones son, en esencia, dos. Por un lado, la propia complejidad del negocio mediante el cual se pretende garantizar el cumplimiento de una obligación, cuyos distintos elementos están interconectados y son interdependientes, impide la consideración aislada de cada uno de ellos, y determina que la nulidad de alguno de ellos repercuta sobre los demás. En consecuencia, la nulidad del pacto comi-

sorio implicará la del entero negocio fiduciario de garantía, que no se puede deslindar nítidamente de dicha cláusula comisoría. Por otro, la causalización del crédito a la puesta en garantía *ex* artículo 1274 CC²⁰⁹. A estas razones cabría añadir otras no de menor peso. Así, se ha dicho que en estos supuestos de apropiación comisoría de naturaleza fiduciaria, no es sensato sancionar con la nulidad la apropiación dominical y dejar subsistente el negocio financiero, pues, de hecho, el fiduciario quedaría sin garantía de tipo alguno²¹⁰, lo cual parece del todo opuesto al querer de las partes, que se encontrarían con haber realizado un simple mutuo desprovisto de toda forma de garantía. Además, si la relación fuese encuadrable dentro del ámbito del Derecho de consumo, se invoca el antiguo artículo 10 bis 2 LGDCU como argumento en favor de la nulidad total²¹¹.

Tratándose de la infracción de una norma imperativa, la vulneración de la prohibición del pacto comisorio determinaría la nulidad radical y absoluta del negocio, apreciable de oficio por los Jueces y Tribunales²¹².

En conclusión, la jurisprudencia considera que los negocios fiduciarios *cum creditore* pueden otorgarse en fraude de ley, pero no que sean necesariamente y en todo caso negocios en fraude de ley. En este sentido, es bastante ilustrativa la STS 22 enero 1998. Esta sentencia califica como negocio fiduciario el complejo negocial integrado por una compraventa otorgada en escritura pública y una opción de recompra en documento privado en favor del vendedor, y estima que «nos hallamos ante un negocio jurídico disimulado, es decir, actos jurídicos válidos y lícitos encubiertos por contratos aparentes, pero que revisten y despliegan toda su eficacia desde el momento que existe un consentimiento, un objeto y una causa verdadera y lícita que las partes han querido ocultar»; por lo que ahora nos interesa, añade que «no cabe hablar en el presente supuesto, de que haya existido un fraude de Ley, (...) no pudiendo confundirse el fraude de Ley con el acto simulado, ni éste con el acto disimulado,

²⁰⁹ CILVETI GUBÍA, «Comentario a la STS de 16 mayo 2000», *CCJC*, 2001, pp. 85-86, cree que no es acertado recurrir en estas circunstancias al artículo 1274 CC y a la idea de sinalagma. Por nuestra parte, consideramos preferible considerar la venta en garantía como elemento o motivo determinante (causa concreta) de la concesión del crédito. En este sentido, DE CASTRO, *op. cit.*, p. 431. En jurisprudencia, STS 2 junio 1982.

²¹⁰ CARRASCO PERERA, «La transmisión...», *cit.*, p. 807, texto y nota 28.

²¹¹ En este sentido, CORDERO LOBATO, *op. cit.*, p. 2139, señala que si el pacto comisorio está incluido en un negocio o complejo negocial utilizado con finalidad de garantía, la nulidad afectará a todo el negocio complejo —incluida la concesión de crédito— si las cláusulas subsistentes determinasen una posición no equitativa de las partes *ex* antiguo artículo 10 bis 2 LGDCU, por ejemplo, si el concedente de crédito se quedase sin garantía alguna.

²¹² Así lo establece la STS 18 febrero 1997, en un supuesto en el que se conjugaban una hipoteca y una opción de compra al vencimiento de la deuda.

pues el fraude de Ley siempre es ilícito, mientras que el acto simulado puede basarse en una causa lícita en algunas ocasiones, y el disimulado siempre ha de fundarse en una causa lícita y verdadera».

Con su habitual clarividencia, De Castro ya indicó que la validez de la venta en garantía podía verse también comprometida en la medida que ocultase prácticas usurarias²¹³. Desde entonces, ha sido bastante habitual señalar la posible concurrencia de usura en el negocio fiduciario *cum creditore*, con la consiguiente repercusión en la validez de éste²¹⁴. En cualquier caso, debemos precisar que la llamada venta en garantía, fiducia *cum creditore* o negocio fiduciario de garantía, no es un negocio de crédito, sino de garantía. Es una relación accesoria respecto de otra principal de carácter crediticio. Lo usurario, pues, será la relación principal crediticia, el préstamo, no la garantía fiduciaria. En consecuencia, el negocio fiduciario de garantía, en sí mismo, no puede ser usurario, sino que, en todo caso, podrá serlo el crédito garantizado²¹⁵.

El Tribunal Supremo ha apreciado la existencia de usura en diferentes negocios o combinaciones negociales constitutivos todos ellos de fiducia *cum creditore*. Así, compraventa en escritura pública seguida de opción de recompra en documento privado²¹⁶, compraventa en escritura pública y retracto convencional otorgado en documento privado²¹⁷, o bien venta en escritura pública y reventa en documento privado²¹⁸. Sin embargo, en otras ocasiones no se declara la existencia de usura en el préstamo garantizado fiduciariamente²¹⁹. Las operaciones descritas enca-

²¹³ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 431-432.

²¹⁴ Cfr. DURÁN RIVACOBRA, *La propiedad...*, cit., pp. 186-197; VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 139, 143 y 204. Sobre la posibilidad de que los negocios fiduciarios oculten contratos de préstamo con intereses usurarios, *vid.* MÚRTULA LAFUENTE, «La usura: un viejo problema, una nueva perspectiva en tiempos de crisis», *RDJ*, 2010, julio-agosto, pp. 15 ss.

²¹⁵ PARRA LUCÁN, «Comentario a la STS de 21 febrero 2003», *CCJC*, 2003, pp. 823-824; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., pp. 253-254.

²¹⁶ SSTs 9 julio 1947, 13 mayo 1961, 20 abril 1965, 14 abril 1966, 25 abril 1972 y 21 febrero 2003.

²¹⁷ STS 5 julio 1982.

²¹⁸ STS 12 diciembre 1994: los prestamistas compraron en sendas escrituras públicas dos fincas de los prestatarios, para, a continuación, revendérselas en documento privado y con precio aplazado. Los altos intereses se abonaban bajo la falsa apariencia de renta de un arrendamiento.

²¹⁹ STS 25 febrero 1988: dación en pago otorgada en escritura pública, complementada por un documento privado en el que se declara que la transmisión de la propiedad es un mero instrumento en orden a garantizar la restitución de un préstamo y se concede al fiduciante la facultad de recobrar la titularidad previa devolución de la cantidad prestada. En este supuesto, el Tribunal Supremo no aprecia la concurrencia de usura ni de pacto comisorio. En la STS 17 marzo 1998, respecto de una venta seguida de arrendamiento financiero de retorno, el Alto Tribunal no apreció tampoco la concurrencia de usura. Sobre la aplicabilidad de la Ley de Usura al *lease-back* o *leasing* de retorno, cfr. PARRA LUCÁN, «Comentario a la STS de 21 febrero 2003», cit., p. 818. Supuesto en cierto modo similar al *lease-back* en el que el Tribunal Supremo sí apreció la existencia de usura es el contemplado

jan en el supuesto de hecho del artículo 9 de la Ley de Usura, es decir, son operaciones sustancialmente equivalentes al préstamo de dinero²²⁰. Una vez descubierta y acreditada la naturaleza fiduciaria de la operación, todo el complejo negocial ha de quedar sujeto a las prescripciones de la legislación sobre usura. El Tribunal Supremo admite, en términos generales, la validez del negocio fiduciario *cum creditore*, sin perjuicio de que, en ocasiones, decreta la nulidad de dicho negocio por encubrir préstamos de carácter usurario²²¹. La nulidad por usura, que recae sobre la relación crediticia principal, repercutirá sobre la relación accesoria de garantía, con lo cual será nulo el entero negocio²²².

Por último, el negocio fiduciario *cum creditore*, cuya virtualidad radica en constituir una enérgica garantía del crédito del fiduciario, puede ser otorgado en fraude de otros acreedores del fiduciante. En tal caso, éstos podrán impugnar *–rectius, rescindir–* el negocio fiduciario de garantía²²³.

1.2 La posesión del fiduciario

1.2.1 *La habitual falta de posesión material del fiduciario*

La pretensión del fiduciario de haber usucapido la cosa frente al fiduciante podría adolecer de un planteamiento defectuoso ya

en la STS 30 noviembre 1931. Se trataba de una compraventa con promesa unilateral de reventa y arrendamiento cuya renta encubría los intereses. La enorme diferencia entre el precio de la venta inicial (1.555 pesetas) y el de la reventa (4.000 pesetas) fue interpretado por el Tribunal Supremo como una condición leonina aceptada por el vendedor por padecer una situación angustiosa.

²²⁰ Por todas, SSTS 5 julio 1982 y 21 febrero 2003. Sobre las complejas relaciones entre usura, simulación y negocio fiduciario, cfr. PARRA LUCÁN, «Comentario a la STS de 21 febrero 2003», cit., pp. 812-824.

²²¹ Según CARRASCO PERERA, «Comentario a la STS de 30 mayo 2008», cit., pp. 1534-1535, la lectura de la abundante jurisprudencia existente en materia de negocio fiduciario prueba que, en muchas ocasiones, el reproche de nulidad ha venido reclamado por la existencia de una opresión usuraria, de forma que la nulidad del negocio fiduciario se explica y se absorbe por la nulidad de los pactos usurarios.

²²² En la STS 13 mayo 1961, un crédito fue garantizado mediante la transmisión fiduciaria de la titularidad de un bien; el Tribunal Supremo estimó que tal convenio entrañaba usura por lo que declaró la nulidad del entero negocio. En sentido semejante, la STS 4 marzo 1966 decretó la nulidad de un préstamo garantizado mediante la transmisión de la propiedad de dos vehículos por el carácter excesivo y desproporcionado de los intereses convenidos. Sobre los caracteres y consecuencias jurídicas de la nulidad de los préstamos usurarios, cfr. PARRA LUCÁN, «Comentario a la STS de 21 febrero 2003», cit., pp. 824-829; RUBIO TORRANO, *El pacto...*, cit., pp. 176 ss.

²²³ En las SSTS 5 diciembre 2001 y 8 febrero 2002, pese a plantearse la rescisión por fraude de acreedores de negocios fiduciarios *cum creditore*, tal pretensión no prospera por falta de alguno de los requisitos para su viabilidad. En cambio, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 22 enero 1994 declaró la ineficacia de una fiducia en garantía que fue otorgada con el objeto de defraudar a otros acreedores del fiduciante. Sobre la rescisión por fraude de acreedores de la fiducia-garantía, vid. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1790 y 1827.

desde su misma raíz. Nos explicamos. Goza de general reconocimiento el hecho de que en el negocio fiduciario de garantía, fiducia *cum creditore* o venta en garantía, el «vendedor» o fiduciante-deudor no pierde de ordinario la posesión material de la cosa, pues la *traditio* se efectúa mediante *constitutum possessorium*, es decir, el fiduciante continúa poseyendo la cosa en calidad de arrendatario o, incluso, de simple precarista²²⁴. Lo más frecuente en la práctica es, pues, que el fiduciario y el fiduciante pacten que este último retenga la posesión material de la cosa dada en fiducia²²⁵. En este sentido, la STS 5 octubre 2005 señala que es «frecuente» que, en la fiducia *cum creditore*, «el deudor que aparentemente transmite quede en la posesión del bien»²²⁶.

Esta situación se explica porque el acreedor-fiduciario se sabe bien protegido con la escritura pública de compraventa y la más que habitual inscripción de su titularidad en el Registro de la Propiedad, lo que supone un bloqueo *de facto* de la auténtica titularidad dominical que sigue ostentando el deudor-fiduciante. Además, al no verse este último privado del uso y disfrute directo del bien transmitido fiduciariamente, cuya explotación económica sigue ejerciendo, ello le coloca en óptimas condiciones para satisfacer el crédito así garantizado²²⁷.

²²⁴ Así lo puso ya de manifiesto, JORDANO BAREA, «Sobre el negocio fiduciario (A propósito de un libro de Messina)», *ADC*, 1950, p. 134. También señalan esta circunstancia, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1778, nota 73 y 1796, texto y nota 147; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *op. cit.*, p. 49; FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, *op. cit.*, p. 167; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 556; MARÍN LÓPEZ, «La transmisión...», *cit.*, pp. 612 y 623; SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pp. 133, 144, 170-171, 178 y 188-194; SOTO NIETO, *op. cit.*, pp. 545-546, texto y nota 51.

²²⁵ GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 231, 265-266 y 273, no se muestra tan tajante: si bien admite como posible el pacto en virtud del cual el vendedor-prestatario continúe en la posesión del inmueble como arrendatario, señala que el fiduciario no siempre poseerá de hecho la cosa, que podrá o no tener la posesión material.

²²⁶ Sobre la conservación de la posesión por el fiduciante en concepto de arrendatario pueden verse las SSTS 31 octubre 1955, 10 noviembre 1958, 8 marzo 1963, 25 abril 1972, 5 julio 1982, 25 febrero y 18 abril 1988, 19 mayo 1989, 12 noviembre 1991, 6 julio 1992, 12 diciembre 1994, 22 enero y 17 marzo 1998, 16 mayo 2000, 17 julio 2001 y 10 febrero 2005. Sobre la conservación de la posesión por el fiduciante en concepto de simple precarista: SSTS 23 febrero 1951, 16 enero 1959, 29 marzo 1960, 25 marzo 1966, 28 febrero 1968, 6 abril 1987, 30 junio y 9 diciembre 1998, 15 junio 1999, 1 febrero 2002, 17 septiembre 2003 y 11 junio y 20 diciembre 2007. Véase también SAP Córdoba 3 mayo 1993 (AC 1993, 1820). Es muy ilustrativa la STS 30 junio 1998: venta en garantía integrada por dos negocios interconectados, escritura pública de compraventa de una vivienda seguida de un documento privado de préstamo en el que se hacía constar, por un lado, que la transmisión se había otorgado «a efectos fiduciarios o de garantía de deudas», y que, en consecuencia, una vez que el préstamo quedase saldado, los prestamistas (fiduciarios) debían retransmitir a sus originarios dueños, y, por otro, que los prestatarios (fiduciantes) podían continuar en el uso y disfrute de la vivienda, sin pagar ninguna clase de renta o merced, pues la posesión «se entenderá comprendida en el interés del préstamo».

²²⁷ STS 22 enero 1998: venta en escritura pública de una serie de fincas, seguida de un documento privado por el que se concede al «vendedor» una opción de compra (*rectius*, recompra) sobre el bien transmitido. En dicho documento privado, el «comprador» declara que «para facilitar la recuperación de las fincas le permite que explote las mismas».

Debemos, no obstante, realizar una precisión. La STS 23 febrero 1951, ante un caso de negocio fiduciario de garantía, en concreto, venta en escritura pública, reconociéndose en documento privado su finalidad de garantía y reteniendo la posesión el deudor, declaró que «celebrado el repetido contrato a medio de escritura pública y habiéndose inscrito ésta en el Registro de la Propiedad, no puede menos de entenderse que el adquirente quedó investido de la posesión civilísima de los inmuebles comprados, dado el texto de los artículos 1462 del Código Civil y 41 de la Ley Hipotecaria de 1909 –vigente ésta en la fecha de la inscripción del documento– y que habiéndolos enajenado a su vez por otra escritura pública, igualmente inscrita, a los demandados M. y B., dicha posesión se transfirió a éstos, aun admitiendo como cierto que al iniciarse el litigio no se hallasen en la tenencia material de los predios». Aunque se ha querido ver un tipo de posesión civilísima en el artículo 38 LH (equivalente al artículo 41 en la Ley Hipotecaria de 1909)²²⁸, no debe confundirse la posesión civilísima con la presumida por el Registro de la Propiedad²²⁹. En consecuencia, en tanto no se declare judicialmente el carácter simulado del negocio fiduciario de garantía, si la «venta» se otorgó mediante escritura pública, se produjo la transferencia del dominio mediante tradición instrumental *ex* artículo 1462 CC, para lo cual no es obstáculo que el «vendedor» retenga la posesión como arrendatario o simple precarista, pues se trataría entonces de una *traditio constitutum possessorium* apta para transmitir la propiedad²³⁰.

Aunque lo más común sea, por las razones expuestas, pactar que el fiduciante continúe en la posesión del bien, ello no impide que, a modo de excepción, se le atribuya al fiduciario-acredor la tenencia material del bien transmitido en garantía²³¹.

²²⁸ ESPÍN CÁNOVAS, *La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español*, Salamanca, 1965, pp. 99-102.

²²⁹ Como bien indica MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1132, nota 24, la «denominada, históricamente, posesión civilísima es un tipo posesorio autónomo, que se reconoce por el Derecho en el heredero, antes de entrar en la posesión material de los bienes hereditarios. Aunque esta posesión sea puramente espiritual y proceda, según se afirma, de una investidura, no se destruye porque se demuestre que el heredero no era poseedor material, si los bienes estaban poseídos por el causante; se trata de una ficción que constituye un tipo posesorio autónomo. La presunción posesoria que consideramos en la Ley Hipotecaria, no constituye, en cambio, una categoría autónoma de posesión. Por su carácter se halla limitada a suplir la prueba de la posesión que presume. Es creación del Derecho, pero no inviste de una categoría autónoma de posesión».

²³⁰ NAVARRO CASTRO, *La tradición instrumental*, Barcelona, 1997, pp. 90-91, señala que no es correcto extender la clasificación de las formas de tradición (real, fingida, simbólica, instrumental) a las de la posesión adquirida, hablándose pues de posesión fingida, simbólica o instrumental para referirse a la posesión adquirida por cada uno de estos tipos de tradición.

²³¹ Se trata de supuestos bastante raros de detectar en la praxis negocial. No obstante, podemos mencionar los siguientes casos: a) venta con pacto de retro simulada de una

La posesión efectiva del bien es requisito básico y esencial para cualquier clase de usucapión. En consecuencia, si el acreedor-fiduciario, como por lo general acaece, no disfruta de ella, sino que es retenida o conservada por el deudor-fiduciante, esta falta de posesión material por parte del fiduciario impediría que fructificase su pretensión de haber usucapido la cosa. En principio, tal pretensión sólo podría ser planteada cuando el fiduciario pueda demostrar la existencia de una transmisión material de la posesión en su favor. Sin embargo, el problema es más complejo. En efecto, en caso de transmisión fiduciaria de la propiedad en garantía, el transmitente (fiduciante) suele conservar la tenencia material del bien en concepto de arrendatario o de mero precarista, es decir, es poseedor inmediato; en consecuencia, el adquirente (fiduciario) debe ser calificado como poseedor mediato. Por otra parte, si bien el fiduciario no suele poseer físicamente la cosa dada en fiducia, lo más habitual es que ésta figure inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad. Dicha inscripción supone presunción de posesión *ad usucapionem ex* artículo 35 LH, no de contacto físico o de posesión material: a pesar de que se presume en el titular registral (fiduciario) una posesión apta para la usucapión, al ser ésta un fenómeno extrarregistral, debe haber tenido lugar fuera del Registro, es decir, la presunción de posesión debe combinarse con la realidad de la posesión. En todo caso, la necesidad de una posesión real de base no puede reputarse inútil pues su virtualidad radica en impedir la en otro caso posible destrucción de la presunción de posesión.

Aunque el fiduciario no posea materialmente la cosa, no puede negarse que ejerce también una verdadera posesión, la mediata, de contenido diverso al de la posesión inmediata. La posesión mediata se ejerce sin contacto físico con la cosa, a través del contacto de otro, pero, más que una posesión sin *corpus* propio, ha de concebirse como una auténtica posesión con un *corpus* más abstracto o espiritualizado²³². En principio, una posesión mediata, como la del fiduciario,

serie de obras de arte que encubría un préstamo con garantía real. Aunque en un primer momento se pactó que los cuadros quedarían en poder de la «vendedora» en concepto de depósito, más tarde, y ante el impago del préstamo, el «comprador» exigió su entrega material (STS 21 febrero 1907); b) un supuesto similar es el tratado por la STS 26 julio 2004: venta de fincas en escritura pública con el compromiso verbal de retrotraer la operación de venta a la cancelación del préstamo recibido. A pesar de que inicialmente los inmuebles quedaron en poder del fiduciante-prestatario, tras el incumplimiento de la obligación de restituir lo prestado, el fiduciario-prestamista exigió la entrega material de las fincas transmitidas en garantía; c) en cambio, en el supuesto que dio origen a la STS 3 mayo 1955, el fiduciario-prestamista tomó ya desde el primer momento posesión efectiva de los bienes dados en garantía.

²³² JIMÉNEZ HORWITZ, «La concurrencia de posesiones en conceptos diferentes sobre una misma cosa: especial referencia al artículo 463 del Código Civil», *ADC*, 1999, pp. 597 ss., en especial, pp. 601-602, 608, 611-612, 615-618, 626-627, 630 y 660, considera que la posesión mediata no significa posesión sólo *animus*, sin *corpus*, pues el señorío

puede ser apta y suficiente para la usucapión siempre que se ejerza en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpidamente²³³. El primero de estos requisitos es el que suscita mayores dificultades, pues la concurrencia de posesiones (mediata e inmediata) supone la existencia de posesiones en conceptos distintos sobre un mismo objeto²³⁴. Al concurrir dos sujetos diferentes en el ejercicio de la posesión se tendrá que recurrir a los actos de reconocimiento del poseedor inmediato acerca de la titularidad del poseedor mediato, y también a los actos de ejercicio de su posesión que este último realice²³⁵. Lo que sucede es que por las características propias del *corpus* posesorio en la posesión mediata (mayor abstracción o espiritualización) resulta en grado sumo dificultoso configurar el concepto en que posee el poseedor mediato a través de su comportamiento posesorio²³⁶.

Por otra parte, el fiduciario, al figurar de ordinario como titular registral, no tiene que demostrar que es poseedor *ad usucapionem*, sino que se presume que lo es *ex* artículos 35 y 38 LH: para ser tenido como tal le es bastante con invocar el asiento en su favor; para destruir dicha presunción no bastará con probar la existencia de un poseedor inmediato extrarregistral, sino que aquél que niegue su posesión ha de demostrar que el titular registral no posee en forma alguna, ni mediata ni inmediateamente²³⁷. La posesión es un hecho incoloro que no expresa la causa por la que se posee, por lo que la acreditación de que un sujeto distinto al titular registral tiene la posesión material del bien no basta por sí sola, ya que esta posesión puede haber sido autorizada o tolerada por el titular registral; desde el mismo momento en que se acredite que posee materialmente una persona distinta al titular inscrito, habrá que comprobar si éste es un poseedor mediato que ha autorizado o consentido la posesión inmediata de otro sujeto. La clave radica, pues, en que el titular registral pruebe su posesión, aun de carácter mediato, es decir, que demuestre que existe algún tipo de vínculo o relación con el tenedor material en cuya virtud ostente la cualidad de poseedor mediato²³⁸. Si el fiduciante figura como arrendatario de la cosa

efectivo o poder *de facto* sobre la cosa no necesariamente implica tenencia material, sino que caben otras formas de concebir el *corpus* posesorio más espiritualizadas.

²³³ Con carácter general, consideran que la posesión mediata puede ser apta para la usucapión, GUTIÉRREZ PEÑA, *op. cit.*, p. 149; JIMÉNEZ HORWITZ, *op. cit.*, pp. 625-626; LACRUZ, *Elementos...*, III-1º, cit., pp. 83; ID., *Derecho...*, cit., 148-150; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 541-542; REGLERO CAMPOS, *Comentarios...*, cit., p. 2223.

²³⁴ JIMÉNEZ HORWITZ, *op. cit.*, pp. 615; MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, VI, Madrid, 1980, pp. 64 y ss.

²³⁵ MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 541-542.

²³⁶ Así lo subraya JIMÉNEZ HORWITZ, *op. cit.*, p. 633.

²³⁷ LACRUZ, *Derecho...*, cit., pp. 148-149; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, p. 550.

²³⁸ Según MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 550-551, texto y nota 145, esto no implica contravenir el artículo 35 LH, pues supone un paso posterior a la aplicación de las presunciones que dicho precepto contiene.

dada en fiducia es sin duda una posesión autorizada o en virtud de licencia por parte del fiduciario, titular registral y poseedor mediato (arts. 444 y 1942 CC), pues existe una relación jurídica contractual que le legitima para poseer²³⁹. En cambio, cuando el fiduciante retiene la tenencia a título de precarista o como posesión simplemente tolerada es bastante más discutible si su situación encaja en los actos ejecutados en virtud de licencia o en los actos meramente tolerados que no afectan a la posesión (de nuevo, arts. 444 y 1942 CC). La distinción es importante porque en el primer caso existe genuina posesión por parte del autorizado, y no en el caso de mera tolerancia²⁴⁰.

En cuanto a la jurisprudencia, el Tribunal Supremo, cuando aborda litigios sobre usucapición, siempre comienza analizando si en realidad ha habido posesión, ya que sin dicha base posesoria no puede operar la usucapición. Con relación a la usucapición en general, la STS 12 abril 1951 considera que la posesión base de la prescripción adquisitiva debe ser una posesión real y efectiva, es decir, que el usucapiente debe ostentar el elemento físico o *corpus* de la misma²⁴¹. Respecto de la usucapición *secundum tabulas* destacan dos pronunciamientos. Por un lado, la STS 4 junio 1960, en la que se desestima la usucapición tabular, debido a que el titular registral que la pretendía carecía de posesión natural, esto es, de la tenencia material de la cosa (*corpus* o elemento material de la posesión)²⁴². Por otro, la STS 18 mayo 1953 considera que aunque la finca litigiosa esté arrendada, el arrendador, titular registral, es poseedor en concepto de dueño y puede llegar a usucapir aunque no haya tenido contacto físico con el inmueble en ningún momento²⁴³.

Aunque en términos generales hayamos sostenido que la posesión mediata puede ser considerada efectiva en orden a la usucapición, esto no permite que el fiduciario, en su condición de poseedor mediato y titular registral, pueda usucapir frente al fiduciante, poseedor inmediato y *verus dominus*: la razón es simple, frente al fiduciante, salvo interversión, el fiduciario no podrá alegar que

²³⁹ MORALES MORENO, *Posesión...*, cit., pp. 121 y 124.

²⁴⁰ Como ha señalado MARTÍN PÉREZ, *op. cit.*, p. 209, los actos tolerados «ni dan ni quitan posesión». El que tolera la actividad de otro no pierde por ello la posesión, y, según parece desprenderse del artículo 444 CC, esa actividad de otro no es posesión. Cfr. ALBALADEJO, *La usucapición*, cit., p. 60; HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, cit., p. 332; MORALES MORENO, *Posesión...*, cit., pp. 129-130.

²⁴¹ Cfr. LÓPEZ FRÍAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, dirigido por PASQUAU LIAÑO, III, Granada, 2009, p. 4055.

²⁴² En concreto, esta sentencia declaró que «al no tener el estabiliente [se trataba de una enfiteusis o establecimiento en Cataluña] la posesión natural de las fincas, no se dan los supuestos necesarios para que opere el instituto de la prescripción».

²⁴³ Recogen esta sentencia, y parece que aprueban su doctrina, LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, p. 4055; REGLERO CAMPOS, *Comentarios...*, cit., p. 2223.

posee en concepto de dueño. Diversamente, en el insólito caso de que el fiduciante no fuese propietario de la cosa dada en fiducia, el fiduciario podría consumir una usucapión *secundum tabulas* frente al tercero verdadero dueño apoyándose en el soporte físico de la posesión inmediata del fiduciante arrendatario o prearista²⁴⁴.

1.2.2 *La inscripción como presunción de posesión ad usucapionem*

La referida circunstancia de que el fiduciario suela figurar como titular registral de los bienes inmuebles objeto de la transmisión fiduciaria en garantía, hace obligado el estudio específico de la inscripción como presunción de posesión *ad usucapionem*.

La inscripción produce en favor del titular registral dos presunciones. La primera de ellas está contenida en el artículo 35 LH, en cuya virtud, *a los efectos de la prescripción adquisitiva* en favor del titular inscrito, se presumirá que ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento; la segunda resulta del artículo 38 LH, según el cual, *a todos los efectos legales* se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles, tiene la posesión de los mismos. De tales preceptos se desprende que el titular inscrito, en tanto no se pruebe lo contrario, es tenido por poseedor del inmueble. La mayoría de la doctrina considera que lo establecido en el artículo 35 LH es una consecuencia o derivación del principio de legitimación registral *ex* artículo 38 LH: la presunción especial de posesión *ad usucapionem* (art. 35 LH) completa y refuerza la presunción general de posesión del artículo 38 LH²⁴⁵.

²⁴⁴ Cfr. LACRUZ, *Elementos...*, III-1.º, cit., p. 83. La antes citada STS 18 mayo 1953 no aborda un problema de usucapión *inter partes*, sino un supuesto de doble inmatriculación, en el cual, al tener ambas partes litigantes la consideración de terceros hipotecarios, mercedores de igual protección, quedaba neutralizada recíprocamente la presunción posesoria *ex* artículo 38 LH, por lo que sería la realidad extrarregistral la que debiera proporcionar la base definidora del mejor derecho. En estas circunstancias, el Tribunal Supremo no considera que constituya un obstáculo para la usucapión *secundum tabulas* el hecho de que el usucapiante no hubiere entrado nunca «*en la posesión de su finca por haberla dado en arrendamiento, pues el arrendatario tiene la cosa en nombre del arrendador y a éste aprovecha la posesión a efectos prescriptivos*», según se infiere de los artículos 431 y 432 del Código Civil».

²⁴⁵ Cfr. ALBALADEJO, *La usucapión*, cit., pp. 62 y 236-238; BÉRGAMO LLABRÉS, *op. cit.*, p. 283; CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho hipotecario*, I, Madrid, 1994, pp. 353-354; LACRUZ, *Derecho...*, cit., p. 147; LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, p. 4056; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 543-544; MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1131-1132, texto y nota 24. SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 258-259, juzga superflua la presunción de posesión del artículo 35 LH, puesto que el artículo 38 LH presume la posesión a todos los efectos legales, entre los que se encuentra la usucapión. No obstante, MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 543-544, ha puesto de manifiesto que aunque existe una estrecha relación entre las presunciones contenidas en los arts. 35 y 38 LH, pues parten de la misma base (presunción de posesión), el artículo 35, como precepto derivado del artículo 38, tiene carácter autónomo, pues atribuye también por vía presuntiva a la pose-

La inscripción no es posesión, ni equivale a posesión, implica, simplemente, presunción de posesión²⁴⁶. Sin posesión efectiva no hay usucapión posible²⁴⁷, pues la usucapión y la posesión en que ésta se basa son hechos rigurosamente extrarregistrales: el artículo 35 LH no consagra una usucapión tabular en sentido propio, es decir, fundada en el solo hecho de la inscripción prolongada durante un determinado plazo. La Ley Hipotecaria facilita una usucapión que actúa fuera del Registro sin desligarla del hecho de la posesión real que se ha de producir extrarregistralmente; no obstante, cuando se da la circunstancia de que el usucapiente figura como titular registral, la usucapión se desenvolverá en circunstancias muy favorables, ya que la inscripción facilita sobremanera la prueba de los requisitos exigidos para la usucapión ordinaria²⁴⁸.

La llamada posesión tabular, basada no en situaciones de hecho, sino en la apariencia formal que genera el Registro de la Propiedad, no es adecuada como posesión *ad usucapionem*, pues no es suficiente la presunción de posesión del derecho inscrito de que goza el titular registral por el mero hecho de la inscripción. En consecuencia, «además de la ostentación formal del bien, derivada de la inscripción registral, es necesaria la posesión real»²⁴⁹; si se parte de la premisa de que la Ley Hipotecaria no altera la regulación que el Código Civil efectúa de la usucapión, sino que sólo favorece la usucapión que se desarrolla fuera del Registro, se ha de concluir que la posesión real es presupuesto *sine qua non* de la usucapión *secundum tabulas*. Cobra así pleno sentido la afirmación de que el «titular inscrito, por el hecho de la inscripción, no usucape en absoluto: para usucapir, es preciso poseer»²⁵⁰. Aunque la presunción de posesión se funda en el Registro, se refiere a un hecho, la posesión, que, en rigor, no es registral, por lo que dicho hecho debe haberse producido, aunque

sión que se presume las características propias de la posesión *ad usucapionem*. En contra de considerar el artículo 35 LH como una derivación del artículo 38 LH, GARCÍA GARCÍA, *Derecho...*, cit., pp. 86-88, para quien uno de los males para la adecuada interpretación del primero de los preceptos citados ha sido relacionarlo con el segundo. Cfr. ROCA TRÍAS, «Las relaciones...», cit., pp. 39 y ss.

²⁴⁶ LACRUZ, *Derecho...*, cit., p. 150. Según MACÍA MORILLO, *op. cit.*, p. 542, en el artículo 35 LH se establece una presunción de posesión, no una sustitución de este requisito a través de la inscripción.

²⁴⁷ Por todos, LACRUZ, *Derecho...*, cit., p. 150; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 482; MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1131-1132, texto y nota 24.

²⁴⁸ ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, 1968, pp. 10 y ss. En sentido semejante, ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, «La posesión...», cit., p. 486; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pp. 844-845; ROCA TRÍAS, «Las relaciones...», cit., pp. 39-40.

²⁴⁹ MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 481-483 y 540, quien añade que la posesión tabular no es posesión en sentido propio, sino sólo constancia efectiva en los libros registrales de una relación jurídica que crea apariencia.

²⁵⁰ LACRUZ, *Derecho...*, cit., p. 150.

se presume, fuera del Registro²⁵¹. En conclusión²⁵², las presunciones posesorias *ex arts. 35 y 38 LH* no permiten al titular inscrito que no posee realmente usucapir en forma ordinaria, porque para ello no bastan dichas presunciones, sino que se requiere una real y efectiva relación fáctica con el bien que se pretende usucapir. Aunque la inscripción sea presunción de posesión, dicha presunción ha de ir acompañada de la realidad posesoria.

La doctrina discute acerca de qué tipo de posesión es la que se presume y si lo que se presume es la posesión y sus características, o sólo estas últimas. Acerca de lo primero, se ha entendido que se presume la posesión de hecho²⁵³, lo cual no parece correcto, pues desde el punto de vista material o físico posee quien posee²⁵⁴. Los artículos 35 y 38 LH dejan intacta la realidad extrarregistral, puesto que posee quien efectivamente posee. Otros autores consideran que lo que se presume es una posesión efectiva²⁵⁵. A juicio de Lacruz, lo que presume la Ley Hipotecaria es que el titular registral tiene la posesión civil en el sentido que los artículos 430 y siguientes del Código Civil dan a esta palabra²⁵⁶. Esto nos introduce de lleno en la segunda cuestión polémica que habíamos planteado. La inmensa mayoría de la doctrina considera que el artículo 35 LH, interpretado en conexión con el artículo 38 LH, presume tanto la posesión como las características propias de la posesión *ad usucapionem*²⁵⁷.

²⁵¹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 844.

²⁵² MACÍA MORILLO, *op. cit.*, p. 540.

²⁵³ SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 499.

²⁵⁴ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1131, nota 24. Según LACRUZ, *Derecho...*, cit., p. 149, la Ley Hipotecaria no presume que el titular registral está, necesariamente, en contacto físico con la cosa. En este sentido, la STS 2 diciembre 1988 hace referencia a la «vieja máxima de que a pesar del artículo 35 de la Ley “en realidad posee quien posee”».

²⁵⁵ ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, 1968, pp. 15 y 17; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, pp. 560-562. Para LACRUZ, *Derecho...*, cit., p. 150, la inscripción es prueba inicial de una posesión «que se supone efectiva». Según la STS 28 marzo 1980, el artículo 35 LH contiene una «presunción de posesión efectiva», mientras que la STS 25 enero 2007 indica con mayor laconismo que dicho precepto «presume la posesión, como presunción *uris tantum*». Cfr. STS 27 mayo 1991.

²⁵⁶ LACRUZ, *Derecho...*, cit., pp. 149-150, quien señala que la Ley Hipotecaria no atribuye al titular registral una posesión, sino que la presume en él: no funda una nueva situación posesoria frente a otra, pues no hay más que una posesión; la Ley Hipotecaria se limita a intervenir en el momento de la prueba en favor del titular inscrito. Cfr. GARCÍA VALDECASAS, *La posesión*, Granada, 1953, pp. 81-82. MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1132, nota 24, considera que se trata de una «atribución presuntiva de una forma indiscriminada de posesión, que en cada caso sirve para facilitar la prueba del tipo concreto de posesión que se desee invocar».

²⁵⁷ ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., pp. 212-213; ID., *La usucapión*, cit., pp. 62 y 236-238; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, «La posesión...», cit., pp. 466, nota 4, 477, 486 y 487; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, III, cit., p. 286; GARCÍA GARCÍA, «El principio...», cit., pp. 1722 y 1743-1744; ID., *Derecho...*, cit., pp. 97 y 102-103; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 542-543; MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1126 y 1131 ss.; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, 1968, pp. 15-17; ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, pp. 560-562; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 258-259 y 266. Diversamente, ROCA TRÍAS, «Las relaciones...», cit., pp. 40, 44, 47 y 49, y tam-

Entre los caracteres de la *possessio ad usucapionem* que la Ley Hipotecaria presume (pública, pacífica, no interrumpida y de buena fe) no se menciona sin embargo que sea en concepto de dueño. A pesar de esta omisión, la mayoría de los autores convienen en que la presunción de que la posesión sea en concepto de dueño o titular del derecho que se trata de usucapir se halla implícitamente contenida en el sistema perfeñado por la Ley Hipotecaria: de la interpretación conjunta de los artículos 35 y 38 LH se desprende tal resultado²⁵⁸, de modo que resultaría innecesario establecerlo con carácter expreso²⁵⁹. Macía Morillo lo explica con especial claridad: al titular registral se le presume titular del dominio del bien inscrito a su favor (art. 38.1 LH); si a ello le unimos las presunciones de posesión (general *ex* artículo 38.2 LH y especial *ad usucapionem ex* artículo 35 LH), es decir, si por un lado se presume que el titular registral posee el bien y, por otro, que es dueño del mismo, lo más lógico es entender que la posesión que desarrolla es en concepto de dueño; si la presunción de posesión en concepto de dueño no se consigna específicamente en el artículo 35 LH –concluye– es porque se sobreentiende que deriva del sistema registral²⁶⁰. Aun-

bién en *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, coordinado por LÓPEZ Y LÓPEZ y MONTÉS PENADÉS, Valencia, 1994, pp. 222-223, opina que el artículo 35 LH sólo presume los caracteres de la posesión, mas no la posesión misma: no es sólo que en la usucapión *secundum tabulas* no se excluya la necesidad de posesión efectiva del titular registral, sino que ni tan siquiera se presume la posesión. Como señala MACÍA MORILLO, *op. cit.*, p. 543, «no es lógico presumir las características de una institución, sin presumirla también a ella»; además, aun cuando se considerase que el artículo 35 LH no recoge una presunción de posesión, el titular registral usucapiante siempre se podría prevaler de la presunción general de posesión *ex* artículo 38 LH, completada con las características que presume el artículo 35 LH. De forma sintética, se ha dicho que el artículo 35 LH presume la posesión hábil para la usucapión: Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 844; MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1126.

²⁵⁸ ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., pp. 212, nota 8; ID., *La usucapión*, cit., pp. 62 y 236-237; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, «La posesión...», cit., pp. 477 y 487; CALVO MELIJE, «Reflexiones sobre la usucapión y la protección registral del tercero hipotecario. Comentarios al artículo 36 de la Ley Hipotecaria», *Act. Civ.*, 2000, p. 139; BONILLA ENCINA y CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, p. 301; ESPÍN CÁNOVAS, *La adquisición...*, cit., pp. 216-217; GARCÍA GARCÍA, «El principio...», cit., pp. 1722 y 1744; ID., *Derecho...*, cit., pp. 95-96, 102-103 y 106; LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, p. 4056; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 545-546; MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1131-1133, texto y nota 24; REGLERO CAMPOS, *Comentarios...*, cit., p. 2225; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, 1968, p. 15, texto y nota 1; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, p. 560, texto y nota 28; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 258-259 y 265; YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 609, nota 147. En contra, ROCA TRÍAS, «Las relaciones...», cit., pp. 49-50.

²⁵⁹ ALBALADEJO, *La usucapión*, cit., p. 237. GARCÍA GARCÍA, *Derecho...*, cit., pp. 95-96, defensor de la equivalencia plena de la inscripción al justo título de usucapión, considera del todo innecesario establecer presunción alguna en tal sentido pues el «concepto de dueño o titular resulta directamente de la inscripción como equivalente al justo título».

²⁶⁰ MACÍA MORILLO, *op. cit.*, p. 546. Según la STS 3 mayo 1974, la posesión a que se refiere el artículo 35 LH no es otra que la posesión *ad usucapionem*, esto es, en concepto de dueño.

que nos parece correcta y satisfactoria esta explicación, creemos que otra razón pudo influir a la hora de no incluirse en la Ley Hipotecaria la presunción de posesión en concepto de dueño. Como es de sobra conocido, en el Código Civil español, a diferencia de otros, no existe ningún precepto en orden a presumir que la posesión se tenga en un concepto determinado. Nuestro Código Civil sólo contiene al respecto el principio de inercia posesoria, en cuya virtud se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en el que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario (art. 436). Corresponde probar que poseyó como dueño al que alegue que usucapió²⁶¹. La regulación hipotecaria de la usucapión *secundum tabulas* no consignó entre los caracteres de la posesión que se presumían el concepto de dueño, no sólo por considerar que ello se desprendía del sistema registral, sino también con la intención de respetar en grado máximo la regulación civil de la usucapión que no contiene presunción alguna al respecto²⁶².

A modo de recapitulación: el hecho de que el fiduciario sea por lo común titular registral del bien transmitido fiduciariamente determina que se presuma que posee y que su posesión es de buena fe y en concepto de dueño. No obstante, se trata de simples presunciones *iuris tantum*, susceptibles de ser destruidas mediante prueba en contrario. La existencia del pacto fiduciario impide que la posesión (mediata) que el fiduciario ostenta frente al fiduciante sea de buena fe y en concepto de dueño. En cuanto a la buena fe, es obvio que el fiduciario no puede alegar que desconoce la auténtica relación que le liga al fiduciante; por lo que se refiere a la posesión en concepto de dueño, el pacto fiduciario supone el palmario reconocimiento por el fiduciario de que la titularidad real del bien corresponde al fiduciante.

1.2.3 Posesión de buena fe

La usucapión ordinaria no sólo exige la concurrencia de un justo título que sea verdadero y válido, sino también que la posesión sea de buena fe. Doctrina y jurisprudencia niegan que el fidu-

²⁶¹ ALBALADEJO, *La usucapión*, cit., p. 62; HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, cit., pp. 337, 341, 431 y 525-526. En jurisprudencia, ya la STS 2 de julio de 1928, seguida luego por muchas otras.

²⁶² La STS 24 julio 1998 señala que «no hay ningún precepto que sostenga que la posesión en concepto de dueño deba presumirse». En el mismo sentido, SSTs 4 julio 1963, 18 octubre 1994 y 10 febrero 1997. A ello cabría objetar que, aunque es cierto que el artículo 35 LH no menciona específicamente entre los caracteres que se presumen en la posesión el de ser en concepto de dueño, es bastante difícil negar que las presunciones de titularidad y de posesión *ex* artículo 38 LH no la implican. Cfr. MACÍA MORILLO, *op. cit.*, p. 546, nota 137.

ciario pueda ser calificado como poseedor de buena fe²⁶³, pues conoce perfectamente su propia situación²⁶⁴. O, en otras palabras, el pacto fiduciario, cuya existencia no puede ignorar el acreedor fiduciario, le coloca automáticamente en situación de mala fe.

Quienes entendemos que la fiducia implica simulación relativa, encuadraríamos esta negación de buena fe al fiduciario dentro de aquella línea jurisprudencial que, con mayor amplitud, declara que el supuesto adquirente, por su intervención en el contrato simulado, no puede conceptuarse como poseedor de buena fe²⁶⁵. En consecuencia, la existencia del pacto fiduciario, en la medida que supone acuerdo simulatorio, entraña el conocimiento de la ficción por las partes y, de modo irremisible, determina la mala fe del fiduciario²⁶⁶; en este sentido, la jurisprudencia ha declarado que la relación entre las partes que otorgan el negocio fiduciario nunca podrá basarse en la situación aparentemente creada, sino en la efectivamente concluida²⁶⁷.

Con arreglo a este criterio, la STS 6 mayo 1961 desestimó la usucapión ordinaria *ex* artículo 35 LH por carecer de buena fe el poseedor. Se trataba de un supuesto de simulación relativa, en el que bajo una aparente compraventa celebrada en escritura pública subyacía una donación otorgada con el designio de perjudicar los derechos de los herederos legítimos, circunstancia que determina que el titular registral y poseedor de los bienes cuya prescripción se postula no sea poseedor de buena fe²⁶⁸. Mas, podemos traer a colación un supuesto más específico, que pese a ser enfocado por el

²⁶³ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1796; JORDANO BAREA, «Mandato...», *cit.*, p. 1448; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, *cit.*, p. 144, nota 65; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 223.

²⁶⁴ La jurisprudencia (SSTS 16 mayo 1983 y 21 junio 1991) realiza esta declaración respecto del fiduciario en la fiducia *cum amico contracta*, pero ello no obsta a que sea extensible a la fiducia *cum creditore*. En el mismo sentido, JORDANO BAREA, «Mandato...», *cit.*, p. 1448. Por su parte, SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 223-224, considera que el fiduciario carece de buena fe, pues conoce que su adquisición es fiduciaria, que la venta desempeña únicamente una función de garantía.

²⁶⁵ SSTS 14 octubre 1960 y 28 mayo 1996. En la doctrina, reina el acuerdo a la hora de negar al que adquiere mediante contrato simulado la condición de poseedor de buena fe, bien porque el engaño que entraña la simulación parece contrario a la buena fe (DE LOS MOZOS, *La donación...*, *cit.*, p. 230), bien porque el título absolutamente simulado implica *inter partes* la falta de buena fe (ESPÍN CÁNOVAS, «Función...», *cit.*, p. 837). En este sentido, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad...*, *cit.*, pp. 181-182, señala que quien conoce la nulidad de su título adquisitivo carece tanto de justo título como de buena fe.

²⁶⁶ Cfr. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 34.

²⁶⁷ STS 19 mayo 1989.

²⁶⁸ Según SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 213 y 215, en el caso de simulación relativa, «si bien el adquirente tiene mala fe respecto al título simulado, puede tener buena fe respecto al título disimulado»; con referencia específica a las donaciones remuneratorias encubiertas bajo compraventas afirma que «el conocimiento de las partes sobre la simulación de la compraventa no comunica la mala fe a la donación. El donatario puede tener buena fe respecto a la donación, creer que el donante podía transmitir y que el título de donación, aunque sea disimulado pueda ser válido y eficaz para la transmisión del bien».

Tribunal Supremo única y exclusivamente desde la perspectiva de la simulación relativa, constituía, además, un caso de fiducia *cum creditore*. Nos referimos a la STS 20 noviembre 1964²⁶⁹, que no estimó la prescripción ordinaria alegada por falta tanto de buena fe, como de justo título, en un supuesto de simulación relativa en el que bajo el contrato simulado (compraventa con pacto de retro) subyacía otro disimulado (préstamo con garantía inmobiliaria), válido y eficaz, aunque no traslativo del dominio. El Alto Tribunal declara, con carácter general, que la falta de efectos transmisivos del contrato disimulado impiden su consideración legal como justo título *ad usucapionem*, y, en atención a las circunstancias concretas del caso, estima que no se podía calificar al supuesto adquirente como de buena fe.

1.2.4 Posesión en concepto de dueño

Aun tratándose de usucapación ordinaria, no basta con que se posea con justo título y de buena fe, sino que es preciso también que la posesión sea en concepto de dueño²⁷⁰, siendo conveniente poner de manifiesto que la carencia de este último requisito es el argumento con mayor frecuencia invocado por la jurisprudencia para negar al fiduciario la posibilidad de usucapir.

A pesar de ser requisitos distintos y, en apariencia, independientes, el justo título para usucapir y la posesión en concepto de dueño se hallan estrechamente ligados²⁷¹. En efecto, el justo título se concibe como «el acto que justifica y legitima la posesión en concepto de dueño: el que determinó la adquisición de ésta»²⁷². Esta vinculación entre el justo título para la usucapación ordinaria y el concepto posesorio ha sido desde antaño puesta de relieve por el Tribunal Supremo que, de ordinario, determina el concepto en el que se posee partiendo y apoyándose en el título por el que se comenzó a poseer. De este modo, la STS 9 febrero 1935 señala que

²⁶⁹ JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., pp. 1448-1449, comparte esta opinión. Esta forma de proceder no es inusual en la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la STS 15 junio 1999 califica el negocio objeto del litigio no como fiduciario, sino como relativamente simulado, cuando, en realidad, reunía ambas condiciones (en este sentido, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, «Comentario...», cit., pp. 1248-1249). Hemos de poner de manifiesto que en el caso resuelto por esta sentencia era del todo irrelevante la calificación adicional del negocio como fiduciario, ya que el Tribunal Supremo declaró su nulidad absoluta por infringir la prohibición del pacto comisorio.

²⁷⁰ Así lo ha declarado con reiteración el Tribunal Supremo. Cfr., entre otras muchas, SSTS 24 marzo 1983 y 17 febrero 1988.

²⁷¹ Según MORALES MORENO, *Posesión...*, cit., p. 88, nota 47, admitida por nuestro Código Civil la usucapación extraordinaria, se configuran como requisitos independientes el concepto de dueño y el justo título para usucapir.

²⁷² Ésta es la definición de justo título que nos proporciona LACRUZ, *Elementos...*, III-1º, cit., p. 207, y que acepta LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2127.

«es indudable que haya que reputar como posesión en concepto de dueño, sin vicio de precariedad a la que adquirieron los demandados, por virtud de títulos que sirven normalmente para transmitir el dominio». Por el contrario, cuando el título que se halla en el origen de la posesión no es apto para transmitir la propiedad, la posesión no puede estimarse ejercitada en concepto de dueño (STS 2 julio 1928). E incluso, con algún exceso, el Tribunal Supremo ha llegado a afirmar que los negocios no traslativos del dominio no sirven para fundar una posesión en concepto de dueño, porque ésta se basa en el título, no en la intención (STS 20 noviembre 1964). Justo título y concepto posesorio, a pesar de ser tratados de forma separada por el Código Civil, se encuentran en íntima conexión: justo título no es más que aquel negocio jurídico que, debido a su virtualidad transmisiva del dominio, determina que la posesión recibida por el usucapiente lo sea en concepto de dueño²⁷³. Por ello, el artículo 1941 CC es parcialmente superfluo, respecto de la usucapión ordinaria, ya que exige un requisito de la posesión —que sea en concepto de dueño— que se deduce de la propia exigencia del justo título. Se puede afirmar que toda posesión basada en un justo título es, por definición, adquirida en concepto de dueño²⁷⁴.

Se ha dicho que el fiduciario no posee en concepto de dueño, sino que posee en concepto distinto: según el artículo 432 CC, en el de tenedor de la cosa para conservarla, perteneciendo el dominio a otra persona. Posee una cosa ajena como mero detentador para retenerla bajo su poder durante cierto tiempo (hasta que se le abone el crédito así asegurado) en concepto de garante (para conservarla *ex* artículo 432 CC)²⁷⁵. Con todo, debemos distinguir un doble

²⁷³ Sobre la interrelación e interdependencia entre justo título para la usucapión y concepto posesorio, cfr. ALBALADEJO, *La usucapión*, cit., p. 62; ATAZ LÓPEZ, «Sobre la interversión posesoria (Notas al artículo 436 del Código civil)», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 40-41; BADOSA COLL, *op. cit.*, p. 674; JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., p. 1449; LACRUZ, *Elementos...*, III-1º, cit., p. 208; LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 2099, 2121, 2122 y 2127; MIQUEL, «Justo título», cit., p. 3904; MORALES MORENO, *Posesión...*, cit., pp. 99-100; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 72.

²⁷⁴ BADOSA COLL, *op. cit.*, pp. 672 y 710, sostiene una idea similar en cuanto al requisito de la pacificidad de la posesión en la usucapión ordinaria: la pacificidad se deduce de la misma exigencia del título; toda posesión con título es pacífica por definición.

²⁷⁵ La doctrina señala de forma prácticamente unánime que el fiduciario no posee la cosa dada en fiducia en concepto de dueño, sino como garantía de la restitución de un crédito: ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., p. 182, nota 7; ID., *La usucapión*, cit., p. 62; DURÁN RIVACOBA, *La propiedad...*, cit., p. 176; FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, *op. cit.*, p. 169; GINEBRA MOLINS, *op. cit.*, p. 769; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 554-556; LÓPEZ FRÍAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, dirigido por PASQUAU LIAÑO, I, Granada, 2009, p. 993; MARÍN LÓPEZ, «La transmisión...», cit., p. 623; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 223; SIMÓN MORENO, «El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y sus aplicaciones prácticas», en *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, coordinado por NASARRE y GARRIDO MELERO, Madrid-Barcelona, 2006, p. 182. En esta línea, destacan también las opiniones de DE CASTRO, *op. cit.*, p. 434 («la posesión del fiduciario está teñida por su carácter fiduciario, no es a título de dueño»); REGLERO CAMPOS,

ámbito en cuanto a la posible alegación de ser poseedor en concepto de dueño por parte del fiduciario. Como bien se ha señalado,

Comentarios..., cit., p. 2224 (no posee en concepto de dueño quien lo hace en virtud de una titularidad fiduciaria). En el mismo sentido, GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 268, quien tras defender la tesis de la venta en garantía como negocio atípico cuya virtualidad consiste en la constitución de un derecho real de garantía también atípico, considera que el fiduciario tiene una «legitimación para poseer conforme al concepto posesorio que se deriva de ser un derecho real limitado (art. 432 CC): esa propiedad o titularidad fiduciaria. Precisamente, por no ser una posesión en concepto de dueño, no es apta para usucapir la propiedad plena y definitiva sobre la cosa». Según LACRUZ (*Elementos...*, II-1º, cit., p. 456; *Elementos...*, II-2º, cit., p. 192), la posesión que se confiere al fiduciario no es en concepto de dueño, pues está impregnada de su naturaleza fiduciaria y adolece de equivoicidad. Por su parte, FUENTESECA, *op. cit.*, pp. 64, 209, 211-212, 226 y 233, considera la venta en garantía como un caso de simulación relativa, en el que la venta es el negocio simulado. A su juicio, caben dos posibilidades en cuanto a la configuración del negocio disimulado: 1.ª) podría tratarse de un mandato cuyo objeto estaría constituido por un negocio de garantía; de este modo, el mandante-fiduciante (deudor) entregaría una cosa al mandatario-fiduciario (acreedor) con el deber de restituir el bien cuando se cumpla el crédito garantizado; 2.ª) la segunda posibilidad sería la de prescindir de toda idea de mandato y reconocer únicamente como disimulado un derecho real de garantía atípico. Aunque la citada autora estima preferible esta segunda posibilidad (*op. cit.*, pp. 226 y 233), cuando examina en concreto la aptitud del negocio fiduciario *cum creditore* a efectos de usucapición, parece decantarse por la primera, afirmando que la «*causa fiduciae* que, como ya hemos expuesto, se articula como garantía a través de la figura del mandato, no es una *causa usucapiendi* ya que no hay una transmisión del pleno poder dominical, sino que se confía al que recibe la cosa, con fundamento en la *fiducia* propia del mandato, el ejercicio de tal poder para una finalidad concreta. No se reúnen, por tanto, los requisitos del artículo 1941 del C.c. al encontrarnos ante una función o gestión dominical transitoria, ante un destino de garantía, en suma, ante un mandatario» (*op. cit.*, pp. 212 y 217). GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 565, nota 1452, considera un tanto «extraña» la teoría que configura la fiducia de garantía como un mandato. Desde otra perspectiva, LACRUZ, *Elementos...*, III-1º, cit., p. 212, nota 27, ha señalado que «al supuesto de simulación absoluta asimila la jurisprudencia el título fiduciario», con cita de las SSTs 3 mayo 1955 y 10 noviembre 1958, en el sentido de excluir que el fiduciario, al igual que el adquirente simulado, pueda poseer en concepto de dueño. YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 587, comparte la opinión de LACRUZ, pues considera equivalentes (inexistencia de *animus domini*) la posesión del fiduciario *cum creditore* y la del que adquiere en virtud de un contrato simulado absolutamente. En cierto modo, AMORÓS GUARDIOLA, *Comentario...*, cit., p. 486, podría ser encuadrado junto a los dos autores que acabamos de citar, ya que aproxima los negocios fiduciarios a los simulados absolutamente. Tan sólo hemos podido localizar un parecer discordante: BADOSA COLL, «Examen de tres “esquemas fiduciarios” en el Derecho español (La venta en garantía, la legitimación dispositiva sobre bienes con titular y la gestión de patrimonios sin titular)», en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, I, Madrid, 2003, pp. 226-228, estima que el negocio fiduciario *cum creditore* no transmite la propiedad en modo alguno, sino que, la por él denominada «tradicón fiduciaria» sólo transmite al fiduciario una posesión en concepto de dueño. No obstante, hemos de subrayar que BADOSA no realiza esta afirmación específicamente con relación a la usucapición, sino que su verdadero propósito consiste en negar cualquier tipo de transmisión de la propiedad por el negocio fiduciario, ya sea una propiedad definitiva, formal o temporal: su virtualidad es más modesta, sólo transmite la posesión. Por su parte, CARRASCO PERERA, «La transmisión...», cit., p. 807, considera que el fiduciario no puede poseer como comprador, pues en la venta en garantía, el contrato de compraventa es claramente simulado y, por tanto, nulo; a su juicio (y aquí discrepa del parecer común), tampoco podría el fiduciario poseer como garante pues el contrato disimulado, aun siendo real y querido, incurriría, no obstante, en la prohibición del pacto comisorio, que pretendería defraudar (arts. 6.4 y 1859 CC). Concluye señalando que el fiduciario posee sin título, y frente al concurso del fiduciante no tendría su detentación más consistencia que la propia de un precarista. Por último, debemos exponer la opinión de GINEBRA MOLINS, *op. cit.*, p. 769. Según esta autora, el negocio fiduciario *cum creditore* no transmite al fiduciario una pretendida titularidad o propiedad formal o fiduciaria, sino

nuestra jurisprudencia sólo se ha planteado directamente la cuestión de la posesión que ostenta el fiduciario frente al fiduciante, negando las SSTs 21 febrero 1907, 3 mayo 1955 y 10 noviembre 1958 que el fiduciario *cum creditore* fuese poseedor en concepto de dueño²⁷⁶. En efecto, en la Sentencia de 3 mayo 1955, el Tribunal Supremo hubo de pronunciarse sobre la pretensión del fiduciario de haber adquirido por usucapión, que operaría contra el fiduciante, la cosa dada en fiducia, declarando que «este contrato funcionó realmente como garantía de un préstamo y las fincas que se figuraron vendidas las ha poseído en tal concepto el demandado, sin transferencia a tercer adquirente, por lo que, a efectos de prescripción adquisitiva entre los “contratantes”, ni las ha poseído a título de verdadero dueño, según exige el artículo 1941 del repetido Código». Como se aprecia, el Alto Tribunal restringe el alcance de su afirmación a la relación entre las partes contratantes, excluyendo implícitamente la relación con terceros. Más adelante, la STS 10 noviembre 1958 se manifestó con mayor generalidad indicando que «la posesión que ha de ostentar el usucapiente para adquirir el dominio y demás derechos reales, ha de ser en concepto de dueño, según el artículo 1941 del Código, y no la tiene con evidencia el mero fiduciario poseedor de las cosas entregadas en fiducia»²⁷⁷. En este sentido, algunos de nuestros autores, sobre la base de lo resuelto por la jurisprudencia (STS 3 mayo 1955), ponen especial cuidado en aclarar que en las relaciones entre fiduciante y fiduciario no podrá nunca el segundo alegar que posee en concepto de dueño²⁷⁸.

A nuestro juicio, la fiducia implica siempre simulación relativa, por lo que, aunque diferente a la exteriorizada, existe una voluntad negocial real, la del negocio disimulado: el negocio fiduciario será eficaz con arreglo a la voluntad de las partes manifestada en el pacto o convenio fiduciario, que, en esencia, no es más que un acuerdo simulatorio. En consecuencia, en la fiducia rige el mismo principio que impera en el procedimiento simulatorio: entre las partes prevalece la voluntad real sobre la declarada, entre ellas rige la verdadera voluntad negocial plasmada en el convenio fiduciario-

que lo transmitido sería una «posesión en concepto de garantía» (coincide, pues, con BADOSA en lo primero, pero no en lo segundo). Añade que recurriendo a la idea de transmisión de la posesión al fiduciario-acreedor, al margen de cualquier tipo de transmisión de la propiedad, ya sea formal o temporal, quedaría salvado el obstáculo que representa la prohibición del pacto comisorio.

²⁷⁶ MORALES MORENO, *Poseción...*, cit., p. 146.

²⁷⁷ Sobre el peligro de caer en más de una confusión si no se estudia con detenimiento la cuestión de hecho que motiva las generalizaciones del Tribunal Supremo, cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III-1º, Barcelona, 1994, pp. 318-320.

²⁷⁸ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, I, cit., p. 511; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 556; GULLÓN, *op. cit.*, p. 135; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «Comentario...», cit., p. 1268.

simulatorio y oculta a terceros²⁷⁹. Incluso algunos de aquéllos que no encuadran a la fiducia dentro de la simulación relativa, sino que defienden el desdoblamiento del dominio (conservación de la propiedad material por el fiduciante y correlativa transmisión de la propiedad formal al fiduciario), sostienen que «cualquiera que sea la tesis mantenida, abandonados ya totalmente los postulados más radicales de la teoría del doble efecto, en la relación entre las partes nunca podrá sustentarse la situación de apariencia creada, sino la efectivamente producida»²⁸⁰. La jurisprudencia no ha sido ajena a esta idea. Según la STS 19 mayo 1989, «el negocio base de fiducia, garantía primitiva semejante a la prenda, confiere al acreedor una titularidad formal de bienes, nunca oponible, como derecho de dominio, al deudor dueño aunque la recuperación, por éste, de tal titularidad, esté subordinada al cumplimiento de las obligaciones garantizadas, sin que, en ningún caso, pueda prevalecer, entre partes, la apariencia creada por el negocio indirecto (transmisión de dominio, bajo distintas capas, como, en este caso, venta con pacto de retro), sobre el negocio real directo, de garantía»²⁸¹. Con acierto, se ha dicho que en esta sentencia subyace la idea de que el procedimiento fiduciario es muy similar (nosotros creemos que idéntico) al procedimiento simulatorio²⁸². Por tanto, entre fiduciante y fiduciario, la voluntad real se impone a la apariencia; lo que cuenta es la verdadera voluntad comercial contenida en el negocio encubierto, debiéndose fijar el concepto posesorio con arreglo a ella. En este sentido, debe ser objeto de especial atención la STS 20 noviembre 1964, en la que a pesar de resolverse el litigio con base en la simulación relativa (compraventa con pacto de retro que ocultaba un préstamo con garantía), también constituía un caso de fiducia *cum creditore*. Como es sabido, el concepto posesorio se determina en función del título en cuya virtud se comienza a poseer; pues bien, según el Tribunal Supremo, la voluntad posesoria ha de enjuiciarse atendiendo no al negocio simulado (compraventa con pacto de retro) sino al disimulado (préstamo con garantía), y este último, al carecer de eficacia traslativa del dominio, no sirve para fundar una posesión en concepto de dueño. Con apoyo expreso en esta sentencia, se ha señalado que en «la *simulación relativa*, el *animus* con que se ejerce la posesión que le subsigue se corresponde con el que resulta del negocio disimulado, pues el simulado es jurídica-

²⁷⁹ Cfr. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 141-142; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa...*, cit., pp. 211-212; DE CASTRO, *op. cit.*, p. 360; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 580; JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 204 ss.

²⁸⁰ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.*, p. 63.

²⁸¹ Sobre esta sentencia, cfr. DURÁN RIVACOBIA, *La propiedad...*, cit., p. 175.

²⁸² GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 293-294, nota 686.

mente inexistente. Amparándose en el negocio disimulado y en la posesión que el mismo configura, es posible adquirir, por usucapión, el derecho que se haya pretendido transmitir»²⁸³.

Sin llegar a identificar fiducia y simulación, pero aproximando ambas figuras en grado sumo, se ha dicho que en los negocios fiduciarios, al igual que en los simulados relativamente, «para fijar el verdadero título el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta la causa verdadera del negocio. Desde ella se configura el concepto de la posesión excluyendo el señalado por el título aparente. Así se indica en s. 20 noviembre 1964 (negocios de garantía, venta con pacto de *retro*), (...) s. 3 mayo 1955 y 10 noviembre 1958 (fiducia *cum creditore*)»²⁸⁴.

El fiduciario, supuesto adquirente en una venta con finalidad de garantía, apoyándose en su posesión, no podrá oponer al fiduciante la usucapión de la cosa dada en fiducia, porque el título que determina los efectos de la entrega configura restrictivamente el concepto posesorio que mediante ella se adquiere. En consecuencia, el fiduciario no podrá alegar la prescripción adquisitiva frente al fiduciante para impedir la efectividad del *pactum fiduciae*, en cuya virtud, el primero de ellos se compromete a la restitución y/o retransmisión de la cosa una vez pagado el crédito²⁸⁵. En suma, el fiduciario no podrá usucapir respecto del fiduciante salvo que intervierta en la debida forma su insuficiente concepto posesorio²⁸⁶.

Algún autor, aceptando que el fiduciario no puede arrogarse la posesión en concepto de dueño frente al fiduciante, señala que «el acreedor fiduciario adquiere sobre la cosa una posesión (cfr. arts. 1462 y ss.) que al *exterior* aparece como si fuera posesión en concepto de dueño»²⁸⁷. En parecido sentido, también se ha dicho que la posesión del fiduciario puede ser en concepto de dueño, «ya

²⁸³ MORALES MORENO, *Posesión...*, cit., p. 146, quien es seguido por LACRUZ, *Elementos...*, III-1º, cit., p. 212, nota 27, y por YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 587. Cfr. DE LOS MOZOS, *La donación...*, cit., p. 230; DURÁN RIVACOBIA, *Donación...*, 2.ª ed., cit., p. 217.

²⁸⁴ MORALES MORENO, *Posesión...*, cit., p. 100. Con relación a estas mismas sentencias, señala JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., pp. 1448-1449, que «para fijar el verdadero título posesorio, el Tribunal Supremo tuvo en cuenta la causa concreta y verdadera del negocio. Desde ella se configura el concepto de la posesión excluyendo el señalado por el título aparente».

²⁸⁵ MORALES MORENO, *Posesión...*, cit., pp. 232-233, realiza análogas consideraciones con relación a la imposibilidad de que el comprador, en una venta con pacto de reserva de dominio, o en una venta con pacto de retro, pueda oponer usucapión frente a su transmitente.

²⁸⁶ CARAMÉS PUENTES, *op. cit.*, p. 141; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 569; JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., pp. 1448-1450; LACRUZ, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 456; ID., *Elementos...*, II-2.º, cit., p. 192; YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 587.

²⁸⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 357.

que como tal aparece ante terceros»²⁸⁸. Estas dos últimas opiniones parecen implicar la idea de que el fiduciario puede llegar a usucapir en forma extraordinaria frente a terceros²⁸⁹. Mas, debemos señalar que este supuesto no parece demasiado probable que se dé en la praxis, pues el fiduciario, antes de conceder crédito al fiduciante, se habrá cerciorado de que la titularidad del bien objeto de la transmisión fiduciaria corresponde al fiduciante: la efectividad de esta forma de garantía depende de ello. En el improbable caso de que el fiduciante transmitiese en garantía un bien del que no fuese dueño, el fiduciario podría oponer la usucapición frente al *verus dominus*, lo cual sería muy útil para el fiduciante *non dominus*, pues la prescripción adquisitiva del fiduciario favorecería al fiduciante, asegurando la efectividad del compromiso del primero de restituir la cosa al segundo (*pactum fiduciae*) cuando el crédito haya sido satisfecho. Diversamente, se ha señalado que en la fiducia *cum creditore* no procederá la usucapición, ni siquiera la extraordinaria, ya que la posesión en concepto de dueño, que falta de forma segura frente al fiduciante, también faltará normalmente frente a los demás: en la inmensa mayoría de las ocasiones es el fiduciante quien queda en la posesión material de la cosa disfrutando de ella como su dueño²⁹⁰. El fiduciante (transmitente en garantía) no pierde de ordinario la tenencia material de la cosa enajenada, merced al *constitutum possessorium*, tecnicismo en cuya virtud el que poseía en nombre propio pasa a hacerlo en nombre ajeno. Casi siempre, la transmisión fiduciaria se realiza en escritura pública, por lo que se produce la tradición instrumental y una especie de constituto posesorio tácito²⁹¹. Se ha dicho que con ello «se crea una apariencia de continuidad que permite al deudor ostentar externamente su titularidad e inducir a quienes con él contratan a la confianza de que sigue siendo propietario del bien o bienes transmitidos en garantía»²⁹².

²⁸⁸ RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., p. 144, nota 65. Según este autor, aun cuando, por hipótesis, se aceptase que el negocio fiduciario es simulado, plantea ciertas dudas la afirmación jurisprudencial de que el fiduciario no es poseedor en concepto de dueño.

²⁸⁹ Así, explícitamente, RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., p. 144, nota 65, para quien es indudable que el fiduciario no podrá usucapir en forma ordinaria por carecer de justo título y de buena fe, pero sí, por simulado que sea su título, se presenta como propietario, puede consumir una usucapición extraordinaria.

²⁹⁰ GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 555-556.

²⁹¹ Sobre la tradición instrumental como supuesto de constituto posesorio tácito, cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., p. 154; NAVARRO CASTRO, *op. cit.*, pp. 162-164 y 297. Respecto de la tradición instrumental como forma de tradición que no conlleva transmisión de la posesión real, cfr. CUENA CASAS, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996, pp. 263 y ss.

²⁹² DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *op. cit.*, p. 49. En este sentido PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, III-1.º, cit., p. 318, pone de manifiesto que la tradición real tenía la finalidad de

Caso diferente sería el de la usucapión alegada por persona distinta del fiduciario (por ejemplo, tercero que adquiere la cosa de éste), ya que los terceros que contraten con el fiduciario no pueden resultar perjudicados por confiar en la eficacia de la, en apariencia, plena, titularidad dominical que el fiduciante confirió al fiduciario. La protección de los terceros que traten y contraten con el fiduciario deberá resolverse con arreglo a los criterios establecidos en general por la doctrina de la simulación, esto es, declarada la simulación, vale lo real frente a lo aparente, tanto *inter partes*, como frente a terceros, mas ello sin perjuicio de la protección de los terceros que de buena fe confiaron en la situación aparente creada por la simulación²⁹³. Aunque la opinión que parece prevalecer en nuestra doctrina es que para la protección de los terceros basta con que adquieran de buena fe y a título oneroso, sin que quepa exigirles otros requisitos más específicos, como, por ejemplo, los que resultan del artículo 34 LH²⁹⁴, a nuestro juicio, deberían diferenciarse dos situaciones. Si la fiducia, que implica siempre simulación, recae sobre bienes inscritos en el Registro de la Propiedad, no es posible sustraerse de lo prescrito por el artículo 34 LH. En consecuencia, si el inmueble está inscrito en el Registro a nombre del fiduciario, el artículo 34 LH protege al adquirente por negocio jurídico válido, a título oneroso y de buena fe y que inscriba su propia adquisición. El tercero en que concurran los requisitos del artículo 34 LH adquirirá inmediatamente *a non domino*²⁹⁵. Cuando el tercero que adquiera del fiduciario no reúna los requisitos del cita-

convertir en visibles los cambios jurídicos; de este modo, cuando «se admite una posesión mediata, una posesión por otro con el *animus rem alteri habendi*, desaparece la función de la posesión de revelar a terceros la titularidad dominical. En las formas de tradición fingida, en lugar de un consentimiento y de un acto real y visible de cambio de posesión, se efectúan dos actos que no pueden percibirse externamente: el acuerdo sobre el cambio de propiedad y el acuerdo sobre el cambio de concepto en la relación posesoria que externamente no se altera». En contra de la función publicitaria de la posesión, cfr. CUENA CASAS, *op. cit.*, pp. 29 y ss.

²⁹³ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 348-349, 353, 360-365, 423, 431 y 435, a quien, con mayores o menores matices siguen, ALBALADEJO, «El llamado...», *cit.*, pp. 674-675; CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 142 ss.; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa...*, *cit.*, pp. 212-213; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 557 ss. y 582 ss.; GULLÓN, *op. cit.*, pp. 126-127 y 134-135.

²⁹⁴ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 364, seguido por CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 148 ss.; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa...*, *cit.*, pp. 212-216; FELIÚ REY, *op. cit.*, pp. 120 y 127; JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 225-227; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «Comentario a la STS de 26 febrero 1990», *CCJC*, 1990, pp. 496 ss.; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.*, pp. 66 ss. En contra, RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, *cit.*, pp. 131, 133, 136 y 139, para quien «la defensa del tercer adquirente de buena fe y por título oneroso que recibió del fiduciario, si éste no es propietario, no encuentra apoyo legal en nuestro Derecho, fuera de los casos en que el tercero cumple el resto de requisitos de los arts. 464 del Código Civil o 32 y 34 de la Ley Hipotecaria».

²⁹⁵ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1797-1798; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 585; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «Comentario...», *cit.*, p. 1269.

do precepto de la Ley Hipotecaria, podrá, no obstante, adquirir por usucapión ordinaria²⁹⁶. En este sentido, la STS 28 mayo 1996, aun dictada a propósito de una compraventa declarada nula por simulación absoluta, es bastante ilustrativa al respecto: «el hecho de que un contrato sea radicalmente nulo, no impide que los supuestos adquirentes transmitan la posesión a terceros ajenos al contrato nulo mediante otra compraventa, que si bien no será apta para adquirir el dominio, salvo que se hubiere confiado en el Registro de la Propiedad (art. 34 de la Ley Hipotecaria) sí puede crear una situación posesoria apta para usucapir si se dan todos los requisitos legales»²⁹⁷.

Se ha planteado la cuestión de si la nulidad de la transmisión fiduciaria por incurrir en la prohibición del pacto comisorio impide que la posesión que recibe el acreedor-fiduciario sea en concepto de dueño²⁹⁸. En términos generales, se conviene en que: 1.º el concepto posesorio se fija en función del título en cuya virtud se recibió la posesión²⁹⁹; 2.º la nulidad de dicho título no impide que la posesión sea en concepto de dueño, sino que para que ésta exista es preciso que el título, válido o no, la confiera como dueño, esto es, que se trate de un título transmisivo del dominio³⁰⁰; 3.º es más, un título nulo puede servir para configurar la posesión recibida como

²⁹⁶ GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 569 y 585. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «Comentario...», cit., p. 1269, afirma con claridad que el negocio fiduciario *cum creditore* «puede dar lugar a una adquisición a *non domino* o servir, en su caso, de justo título para la usucapión ordinaria, si el tercer adquirente no reúne todos los requisitos para convertir esa adquisición inmediatamente en irreivindicable». También es muy clara al respecto SANCINENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 117: «El adquirente del fiduciario, con buena fe porque no conozca la relación de fiducia, y justo título válido que posea en concepto de dueño pública, pacífica e ininterrumpidamente durante el transcurso de diez años entre presentes y veinte entre ausentes podrá adquirir la propiedad de la cosa por usucapión. El adquirente que ha consumado la prescripción ordinaria a su favor podrá oponerla frente a la reclamación del fiduciante, sin perjuicio de la acción de éste contra el fiduciario». Véase también DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 434-435.

²⁹⁷ Como bien ha señalado LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad...*, cit., p. 207, el contrato traslativo de un bien que el transmitente –en ese contrato– recibió en un anterior contrato nulo, puede ser título válido a los efectos de la usucapión ordinaria, y, en todo caso, el tercero podrá adquirir el dominio por usucapión extraordinaria.

²⁹⁸ Dicha cuestión es planteada en nuestro Derecho por ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 46 ss.

²⁹⁹ SSTs 24 marzo 1983 y 18 septiembre 2007.

³⁰⁰ Como indican ALBALADEJO (*Derecho civil*, cit., p. 182, nota 7; *La usucapión*, cit., p. 63), y LÓPEZ FRÍAS (*Jurisprudencia...*, cit., I, p. 993), no es correcto subordinar la existencia de posesión en concepto de dueño a la validez del título que puede estar en el origen de la tenencia. Así, la STS 10 noviembre 1955 desvincula la posesión en concepto de dueño, como requisito común a cualquier tipo de usucapión, de la validez del justo título, requisito exclusivo de la usucapión ordinaria; esta resolución judicial subraya que el concepto posesorio no depende de la validez o nulidad del negocio en cuya virtud el poseedor recibió la posesión (en el caso concreto, nulidad de una partición de bienes hereditarios), por lo que no es obstáculo a la posesión *ad usucapionem* que exista o no el título ni que éste sea o no válido.

en concepto de dueño a efectos de la usucapión extraordinaria³⁰¹. Retomando la cuestión inicial, aunque se hubiese pactado que el fiduciario-acreedor se apropiaría definitivamente del bien transmitido en garantía en caso de impago del crédito por el fiduciante, dando con ello por extinguida la relación obligatoria, el fiduciario no se convertiría en propietario debido a que tal pacto es radicalmente nulo por infringir la prohibición contenida en el artículo 1859 CC. Lo que es más discutible es si el fiduciario podría adquirir por usucapión. Ataz López parece considerar que la nulidad del pacto comisorio no impide que la posesión en concepto de dueño, iniciada por el acreedor con base en dicho pacto, sea apta para usucapir³⁰². Por nuestra parte, debemos recordar que parece estar imponiéndose en la jurisprudencia la tesis de la nulidad total del negocio fiduciario *cum creditore* que infringe la prohibición del pacto comisorio. El fiduciario poseería, pues, en virtud de un título nulo, esto es, jurídicamente inexistente, pero, como hemos visto, ello no impide que el poseedor lo sea en concepto de dueño. En cuanto a si un título nulo por violar la prohibición del pacto comisorio *ex* artículo 1859 CC puede configurar la posesión transmitida como en concepto de dueño, se podría entender que sí, ya que, con independencia de su validez jurídica, exterioriza la voluntad del acreedor-fiduciario de hacer suyos los bienes objeto de la transmisión en garantía³⁰³.

Para finalizar este apartado nos vamos a plantear un último problema. Como es sabido, los actos posesorios no suelen, por lo común, ser lo bastante numerosos o significativos como para reflejar el concepto en que se posee; a su vez, el artículo 436 CC, al presumir que se sigue poseyendo en el mismo concepto en que se

³⁰¹ LACRUZ, *Elementos...*, III-1º, cit., pp. 211-212; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 72. En jurisprudencia, STS 10 noviembre 1955. En concreto, dentro de los títulos nulos, hemos defendido que la donación otorgada en forma abierta y ostensible, es decir, no disimulada bajo apariencia de otro contrato, pero nula por defectos formales, configura la posesión en concepto de dueño. Cfr. MARTÍN LEÓN, «Usucapión, título nulo por defecto de forma y posesión en concepto de dueño», *RdP*, 2004, n.º 12, pp. 130 ss. Este criterio ha sido también asumido por la STS 25 enero 2007, según la que una donación de inmueble sin escritura pública es radicalmente nula por falta de un requisito esencial, por lo que no puede ser justo título para la usucapión ordinaria, «pero sí puede ser base de usucapión extraordinaria» que opera sin necesidad de título, mas dicha ausencia de título «no impide la posesión que da lugar a la usucapión extraordinaria, ni tampoco obsta a que el poseedor sin título (porque la donación no lo es) lo sea a título de dueño». En otro lugar, también hemos defendido que el título disimulado nulo radicalmente por defecto formal tiene virtualidad suficiente para configurar la posesión como en concepto de dueño: cfr. MARTÍN LEÓN, «Negocios simulados...», cit., pp. 667 y ss.

³⁰² ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 48-49, señala que podría existir interversión por oposición al derecho del propietario si el deudor reclamara la devolución y el acreedor se opusiere y contradijere; mas, si el deudor no llegase a reclamar, de manera que el acreedor no llegase a ejecutar un acto contradictorio, no habría interversión, y no podría iniciarse la usucapión. Como esto segundo le parece ilógico, se decanta por sostener lo indicado en el texto.

³⁰³ Cfr. ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 49.

adquirió, remite, en cuanto a la determinación del concepto posesorio, al momento de la adquisición, es decir, al título adquisitivo: la voluntad del poseedor estará adaptada al título en cuya virtud adquirió la posesión, por lo que el título de adquisición configura, en principio, el concepto en que se posee³⁰⁴. Por otra parte, como expone Morales Moreno, en la usucapión ordinaria debe existir armonía o correspondencia entre el derecho al que se refiere el justo título y el concepto en que se posee: caso de discordancia entre el contenido del verdadero título (título material o sustantivo) y el de la inscripción (título formal), surge la cuestión de si el concepto posesorio debe entenderse configurado por la inscripción o por el título material, cuestión que es importante, «pues de afirmarse que el título material predetermina la configuración del concepto posesorio, aducida la inscripción como justo título, no podría producirse, en base a ella, la usucapión ordinaria, por discordancia entre el justo título alegado y el «concepto» en que se ha poseído»³⁰⁵. Este autor considera que la tesis de la equiparación de la inscripción al justo título para la usucapión *ex* artículo 35 LH resulta perturbadora pues, caso de inexistencia o nulidad del título material se hará posible la usucapión ordinaria sin justo título, abriéndose también la posibilidad de que se adquiriera por usucapión ordinaria *secundum tabulas* un derecho configurado por la inscripción en forma diferente a la prevista en el título material válido, por divergencias entre el acto inscrito y la inscripción³⁰⁶. Entre las circunstancias de hecho que escapan a la calificación registral, ocasionando una inexactitud registral (proclamar la titularidad de una persona que en realidad carece de tal titularidad), destacan a nuestros efectos aquéllas que, como indica Morales Moreno, producen «una discordancia entre el título formal escriturario y lo verdaderamente querido por las partes en el acto transmisorio (simulación relativa, negocio fiduciario)»³⁰⁷. La equiparación de la inscripción al justo título alteraría, pues, la función que el Código Civil asigna a la usucapión ordinaria que es la de subsanar la falta de titularidad del transmitente, mas no los vicios del título-

³⁰⁴ Por todos, MORALES MORENO, *Poseción...*, cit., pp. 13, 20 y 95 ss., y también en «La inscripción...», cit., pp. 1132-1133. En este sentido, STS 18 septiembre 2007.

³⁰⁵ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1133.

³⁰⁶ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1129-1130, quien, para mayor claridad, añade: «Caso de inexistencia o nulidad del título material, se hará posible la usucapión ordinaria sin justo título, lo cual es difícilmente concebible desde el Código civil. Caso de que el derecho referido en el título sustantivo aparezca diversamente configurado que en la inscripción, la adquisición se producirá conforme a la inscripción, al margen de la voluntad (consentimiento) de las partes, que cristalizó en el título material».

³⁰⁷ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1131, a quien sigue MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 489-490.

lo³⁰⁸. A pesar de todas estas consideraciones, el citado autor, en el supuesto de falta de concordancia entre el contenido del título material y el de la inscripción, termina inclinándose por la configuración del concepto posesorio desde esta última: en el terreno de la presunción posesoria que establece el artículo 35 LH, «será a la inscripción, en cuanto justo título, a la que ha de atribuirse el papel de configurar la posesión presumida. Mas allá de esta presunción –añade– se llega a parecido resultado. Presumida la buena fe en la Ley Hipotecaria, especialmente para el ámbito de la usucapión registral (art. 35), hay que entender, en principio, que el sujeto desconoce la discordancia entre el contenido del verdadero título y el del Registro y por tanto, en términos generales, su actuación posesoria ha venido verosímilmente predeterminada y configurada por la inscripción»³⁰⁹. Creemos que esta opinión debe ser matizada. El «sujeto» al que se está refiriendo Morales Moreno es el titular registral usucapiante; además, parece considerar indiferente que el titular inscrito que invoca la usucapión sea parte en la relación cuyos defectos impiden la transmisión del dominio o que sea tercero respecto a ella. A nuestro juicio, la discordancia entre el contenido del título material (negocio fiduciario *cum creditore* como negocio simulado relativamente, en el que bajo una aparente compraventa en escritura pública se oculta un negocio de garantía de carácter no transmisivo del dominio) y el de la inscripción como título formal (al Registro no accede el negocio fiduciario en toda su complejidad, sino sólo su faceta o plano externo, la simulada compraventa) no es compatible con la buena fe del titular registral cuando éste es parte de la relación, pues el fiduciario (titular inscrito que pretende usucapir) no puede alegar frente al fiduciante que posee de buena fe ni en concepto de dueño, ya que no ignora la falta de concordancia entre lo verdaderamente pretendido por las

³⁰⁸ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1129. Del mismo modo, consideran perturbadora dicha equiparación, LACRUZ, *Elementos...*, III-1º, cit., p. 213, nota 29; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, p. 519. En contra, GARCÍA GARCÍA, «El principio...», cit., pp. 1711, 1720 y 1738-1741, y también en *Derecho...*, cit., p. 67-71 y 90-91, para quien la equiparación de inscripción y justo título *ex* artículo 35 LH determina que se prescinda absolutamente de la inexistencia, nulidad o falsedad del título material de base, que sea irrelevante que el título material que dio lugar a la inscripción sea o no suficiente para la transmisión; a su juicio, la usucapión *secundum tabulas* subsana no sólo la falta de titularidad, sino también los vicios o defectos del propio título.

³⁰⁹ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1133. En cambio, ROCA TRÍAS, «Las relaciones...», cit., pp. 10, 21-23, 44 y 49-50, estima que las presunciones posesorias *ex* artículo 35 LH no suponen el concreto desenvolvimiento, a efectos de usucapión, de la presunción general de posesión *ex* artículo 38 LH: en virtud de lo dispuesto en este último precepto, el concepto posesorio, que normalmente deriva de los actos del poseedor, se debe entender configurado por el título inscrito; en cambio, al no presumirse –a su juicio– la posesión *ex* artículo 35 LH, «el concepto posesorio lo van a proporcionar los actos del propio poseedor, con independencia del título que tenga inscrito».

partes (constituir una garantía) y lo inscrito en el Registro (transmisión de la propiedad mediante compraventa)³¹⁰.

En el improbable caso de que el bien dado en fiducia no perteneciese al fiduciante, sino a un tercero (supuesto que nunca, que sepamos, se ha planteado en la praxis jurisprudencial, por el natural empeño con que los fiduciarios se cercioran de la titularidad de los fiduciantes), sería más factible defender que el fiduciario, que fuese titular registral, podría usucapir *ex* artículo 35 LH frente al tercero *versus dominus*, pues frente a éste, la inscripción sería justo título que configuraría la posesión recibida en concepto de dueño. Antes de que la situación fiduciaria concluya, la consumación de la usucapición por el fiduciario frente al tercero beneficiará tanto al fiduciario como al fiduciante, ya que en este aspecto sus intereses son confluyentes: favorece al fiduciario pues la *res fiduciae* seguirá estando sujeta y afecta al cobro de su crédito; favorece también al fiduciante, pues la usucapición le permitirá el efectivo ejercicio de la facultad de recuperación de la cosa cumplida la obligación asegurada³¹¹.

Como bien se ha dicho, el título de adquisición de la posesión sirve para fijar el concepto posesorio, pero la publicidad del concepto en que se posee no emana directamente del título; a lo sumo, del título derivaría una publicidad de alcance muy limitado (*inter partes*), por lo que habría que garantizar que el verdadero dueño puede tener noticia de la usucapición contraria a su titularidad (publicidad tanto del hecho de la tenencia como del concepto en que se posee),

³¹⁰ MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 467, 472, 493-494, 500, 504 y 532, restringe la aplicación del artículo 35 LH a los titulares registrales que tengan la condición de terceros que no reúnan los requisitos exigidos por el artículo 34 LH. En última instancia, MORALES MORENO, «La inscripción...», *cit.*, p. 1135, parece sostener una opinión similar, pues señala que la «discordancia entre la configuración del título material y la inscripción es compatible con la buena fe del titular registral cuando éste, sin ser tercero, no haya intervenido personalmente en el acto adquisitivo. Es el caso del heredero del adquirente, o de quien actuó a través de representante en el acto de la adquisición, si el representante, quizá con intenciones torcidas, no le dio cuenta del verdadero alcance del negocio celebrado, alcance que no consta en la escritura inscrita».

³¹¹ MORALES MORENO, *Posesión...*, *cit.*, pp. 232-233 y 275, realiza análogas consideraciones en cuanto a la posibilidad de usucapir frente a tercero del adquirente en la venta con pacto de reserva de dominio o en la venta con pacto de retro, figuras ambas que han sido aproximadas o identificadas con el negocio fiduciario: respecto de la consideración de la venta con pacto de reserva de dominio como negocio fiduciario, *cfr.* AMORÓS GUARDIOLA, «El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles», *RCDI*, 1972, p. 13; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, *op. cit.*, pp. 28 y 63-65; RIVERA FERNÁNDEZ, *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio*, Valencia, 1994, pp. 48-52; respecto de la consideración de la venta con pacto de retro como negocio fiduciario, *cfr.*, entre otros, GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 111-134; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, *op. cit.*, pp. 28 y 358-359; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, *cit.*, pp. 147 y ss.; RUBIO TORRANO, *El pacto...*, *cit.*, pp. 155-175; SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pp. 125 ss.; VIVAS TESÓN, *La compraventa con pacto de retro en el Código Civil*, Valencia, 2000, pp. 227-238.

bien mediante la exteriorización de los actos posesorios, bien mediante la inscripción del título en el Registro de la Propiedad³¹².

1.3 Consideraciones críticas en cuanto a la pretensión del fiduciario de usucapir en forma ordinaria frente al fiduciante

La doctrina mantiene con práctica unanimidad que la usucapión ordinaria es un modo de adquirir *a non domino* y que, en consecuencia, viene a subsanar la falta de titularidad o de poder de disposición del transmitente³¹³. Mas, como acabamos de señalar, no se trata de una tesis monolítica y sin fisuras, pues no existe plena concordancia en aspectos muy relevantes. Por un lado, mientras que algunos autores consideran la falta de titularidad o poder de disposición del *tradens* como un vicio del título³¹⁴, otros, con mayor corrección, estiman que la falta de titularidad del transmitente no es un vicio del título, sino de la tradición como modo de adquisición³¹⁵. Por otro, mientras que la gran mayoría de la doctri-

³¹² MORALES MORENO, *Poseción...*, cit., pp. 165-168.

³¹³ ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pp. 253 y 325; ID., *La usucapión*, cit., pp. 101-107; BADOSA COLL, «Justo título», cit., pp. 705, nota 234 y 712, nota 268; CARRASCO PERERA, «Comentario a la STS de 10 julio 1987», cit., pp. 4801-4803; CUENA CASAS, *op. cit.*, pp. 357, 360, 362 y 381; DE BUEN, *op. cit.*, p. 997; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pp. 828, 833 y 847; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, III, cit., pp. 98 y 128; GÓMEZ ACEBO, «La buena y la mala fe en el Código Civil», (segunda parte), *RDP*, 1952, p. 207; GORDILLO CAÑAS, «Sobre el ámbito de la usucapión ordinaria: ¿Usucapión *inter partes* frente a la pretensión de resolución por incumplimiento contractual? (Comentario a la STS de 17 de julio de 1999)», *ADC*, 2000, pp. 709-710; ID., «Comentario...», cit., pp. 433-434; GUTIÉRREZ PEÑA, *op. cit.*, pp. 98-99, 102 y 122-125; HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, cit., p. 526; JORDANO FRAGA, «Doble venta. Venta de cosa ajena. Adquisición "a non domino". Responsabilidad por evicción. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1988», *ADC*, 1989, p. 1357, nota 3; LACRUZ, *Elementos...*, III-1.º, cit., pp. 210 y 249; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad...*, cit., p. 178, 190 y 211; LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2127; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 465 ss.; MIQUEL, «Justo título», cit., pp. 3904; ID., «Posesión», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, 1995, p. 4950; ID., «Usucapión», cit., pp. 6768-6770; MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1129; REGLERO CAMPOS, *Comentarios...*, cit., pp. 2223 y 2234; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, 1968, pp. 9-12; ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, pp. 559-561; RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», cit., pp. 1054, 1060, 1090-1091 y 1098; VILA RIBAS, *El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad por tradición en el sistema del Código civil español*, Barcelona, 1989, p. 158; YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pp. 557 ss.; ZUMAQUERO GIL, «Adquisición de muro divisorio por usucapión ordinaria. Comentario a la STS de 29 de octubre de 2007», *RdP*, 2009, n.º 22, p. 426. Por el contrario, BÉRGAMO LLABRÉS, *op. cit.*, p. 277, y PORCIOLES, *op. cit.*, p. 185, estiman que lo que la usucapión subsana son los vicios del título. GARCÍA GARCÍA, *Derecho...*, cit., pp. 90-91, considera que la usucapión *secundum tabulas* solventa tanto un defecto de titularidad como un vicio o defecto del propio título según el cual adquirió el titular registral.

³¹⁴ Así, DE BUEN, *op. cit.*, p. 997: «el único vicio del título que purga la usucapión es la adquisición del no propietario». En sentido similar, HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, cit., p. 523.

³¹⁵ Según MIQUEL, «Justo título», cit., pp. 3904-3905, el defecto que subsana la usucapión no yace en el título, sino fuera de él: 1) la usucapión ordinaria no subsana un defecto del título, porque éste ha de ser válido *ex artículo* 1953 CC; 2) la usucapión ordinaria subsana

na afirma que la usucapión ordinaria tiene por función purgar única y exclusivamente la ausencia de titularidad o poder de disposición del *tradens*³¹⁶, un pequeño sector doctrinal extiende la virtualidad sanatoria de la usucapión ordinaria a todo vicio o defecto adquisitivo, pues no sólo purifica la adquisición *a non domino*, sino también otros defectos de fondo o de forma del acto adquisitivo³¹⁷.

la falta de propiedad del tradente; y 3) la falta de propiedad del transmitente no es un defecto del título, sino de la transmisión de la propiedad por tradición. En el mismo sentido, cfr. GORDILLO CAÑAS, «Sobre el ámbito...», cit., pp. 708-710; MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1130, nota 22 («la falta de titularidad del *auctor* no afecta a la validez del título»); MACÍA MORILLO, *op. cit.*, p. 466, nota 13; YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pp. 557, 568, 596, 638 y 646. CUENA CASAS, *op. cit.*, pp. 359, 361 y 381-382, señala que la usucapión ordinaria purga la ausencia de poder de disposición del transmitente, lo que unido a la exigencia de un título válido, «lleva a la consideración del poder de disposición como un elemento ajeno al contrato y esencial a la tradición como modo de adquirir».

³¹⁶ ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pp. 253 y 325 (en la usucapión ordinaria «de lo único que se purifica es de no ser el transmitente titular de la cosa usucapida», mas no solventa los defectos del título); ID., *La usucapión*, cit., p. 101; CARRASCO PERERA, «Comentario a la STS de 10 julio 1987», cit., pp. 4801-4803; CUENA CASAS, *op. cit.*, p. 362, nota 962; DE BUEN, *op. cit.*, p. 997; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pp. 833 y 847 («La usucapión no purga nunca la imperfección del título defectuoso procedente del titular del derecho enajenado, pero sí subsana la falta de adquisición determinada por el hecho de que el derecho no perteneciera al enajenante o de que éste careciera de poder dispositivo». «Ninguna usucapión ordinaria y por consiguiente tampoco la usucapión registral corrige o rectifica los vicios o defectos del título que consisten en su nulidad radical o en su inexistencia. La usucapión ordinaria corrige el defecto consistente en la falta de titularidad del transmitente, cuando el adquirente ha adquirido a virtud de un negocio en sí mismo válido y verdadero»); Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, III, cit., p. 128; GORDILLO CAÑAS, «Comentario...», cit., pp. 433-434 («la usucapión ordinaria está llamada a suplir sólo la titularidad o poder dispositivo del *tradens*»); JORDANO FRAGA, «Doble venta...», cit., p. 1357, nota 3 («La usucapión ordinaria se limita a purgar la falta de legitimación –titularidad del transmitente o enajenante–»); MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 465-467, 472, 490, 493, 536 y 548-549; MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1129; MIQUEL, «Justo título», cit., pp. 3903-3905; ID., «Usucapión», cit., pp. 6768-6770; YZQUIERDO TOLSADA, «Comentario a la STS de 19 julio 1999», *CCJC*, 2000, pp. 82, 85 y 88; ID., «Tipología...», cit., pp. 557-562, 568, 594-596, 626, 638, 645 y 663-667. En este sentido, resultan especialmente relevantes las SSTS 30 marzo 1943 («el justo título que para la prescripción se requiere es aquel que por su naturaleza es capaz de producir la transmisión del dominio aunque exista algún defecto o vicio originario que afecte a la facultad de disponer del transmitente, pues, precisamente para subsanar tales vicios o defectos, existe la prescripción que de otro modo sería inútil») y 20 octubre 1992, según la cual, lo que la usucapión ordinaria subsana es «precisamente el vicio de no ser propietario quien transmite». Cfr. también SSTS 27 julio 1997, 11 y 24 abril 2003, 10 y 11 febrero 2004 y 5 mayo 2005.

³¹⁷ ESPÍN CÁNOVAS, «Función...», cit., pp. 834, 838 y 839, apoyándose en la remisión que efectúa el artículo 1951 CC al artículo 433 CC, considera que «por la usucapión se subsana todo vicio invalidatorio del título», esto es, que «por virtud de la usucapión ordinaria quedarán subsanados no sólo la falta de titularidad en el transferente, sino también la falta de legitimación y de capacidad en el mismo, o cualquier otro defecto del negocio transmisivo que no tropiece con los requisitos exigidos a éste. Por tanto, si el título es verdadero y válido, subsanará otros defectos además de la falta de titularidad en el transferente» (En contra de este planteamiento, ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pp. 253-254; YZQUIERDO TOLSADA, «Comentario...», cit., p. 86). Para ello, ESPÍN se basa en la admisión por parte del Tribunal Supremo del título anulable, revocable, rescindible o resoluble como justo título para la usucapión («Función...», cit., p. 841). No obstante, creemos que dicha circunstancia no debe enturbiar la verdadera y genuina misión de la usucapión ordinaria que, repetimos una vez más, es enmendar la falta de titularidad o poder de disposición del *tradens*. En consecuencia, sólo se puede plantear la viabilidad de los títulos anula-

Por nuestra parte, consideramos preferible la teoría mayoritaria, es decir, la que sostiene que el único vicio que subsana la usucapión abreviada es la falta de titularidad del *tradens*. Si esto es así, resultaría que en la usucapión ordinaria están involucrados tres sujetos, a saber, las partes negociales (*tradens non dominus* y *accipiens*) y un tercero (*verus dominus*). Dicha usucapión no opera *inter partes*, sino que enfrenta a una de las partes negociales (*accipiens* o adquirente *a non dominus*) con un tercero (*verus dominus*), y subsana, pues, no los vicios del título (negocio adquisitivo), sino los vicios de la titularidad (falta de propiedad del *tradens*)³¹⁸.

En consecuencia, si tenemos en cuenta que los supuestos sobre usucapión ordinaria que ha decidido el Tribunal Supremo se han planteado siempre *inter partes* (en la mayoría de las ocasiones es el fiduciario el que alega la usucapión frente al fiduciante; en algunas, la pretende el fiduciante contra el fiduciario), debemos concluir que la forma de proceder del Alto Tribunal no ha sido la más adecuada (desestimar la pretensión del fiduciario de haber usucapido con el argumento de que su posesión no es en concepto de dueño; rechazar idéntica pretensión del fiduciante alegando que el mecanismo para recobrar la titularidad no puede ser nunca la usucapión, sino que sólo podrá exigir la retransmisión del bien cuando se hayan cumplido los presupuestos fijados en el pacto fiduciario): lo correcto hubiese sido argumentar que la usucapión abreviada no actúa *inter partes*. Para que el negocio fiduciario *cum creditore* pueda desplegar su finalidad aseguradora del crédito del fiduciario, es imprescindible que la titularidad del bien dado en fiducia corresponda sin ningún atisbo de duda al fiduciante: el fiduciario sólo concederá crédito al fiduciante, o sólo otorgará prórroga al ya con-

bles, revocables, rescindibles o resolubles como justos títulos para la usucapión cuando, además de existir dicho vicio en el título, éste procede de un *tradens non dominus*. Así, ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pp. 324-325; CARRASCO PERERA, «Comentario a la STS de 10 julio 1987», cit., p. 4802; CUENA CASAS, *op. cit.*, p. 362, nota 962; YZQUIERDO TOLSADA, «Comentario...», cit., pp. 85-86; ID., «Tipología...», cit., pp. 556-557. Según HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, cit., pp. 503-533, en la usucapión ordinaria hay que partir de un presupuesto: «que el enajenante realice una disposición *a non domino*» (p. 526). Pero, a pesar de ello, considera que «el defecto que subsana la usucapión está precisamente en el título» (pp. 503, 515 y 523), sobre la base de incluir el poder de disposición como requisito del título, postura que le provoca grandes dificultades a la hora de explicar el significado de la validez del justo título *ad usucapionem*. Por todo ello, afirma: «que la entrada en juego de la usucapión requiera una disposición *a non domino* efectuada por el enajenante no significa que el vicio o los vicios de que pueda adolecer el título hayan de referirse de modo exclusivo a la falta de titularidad o de legitimación» (p. 527). En definitiva, este autor pone en tela de juicio la tesis que defiende que el único vicio que corrige la usucapión abreviada es el relativo a la ausencia de titularidad o poder de disposición del transmitente (pp. 527-530).

³¹⁸ En el mismo sentido, GORDILLO CAÑAS, «Sobre el ámbito...», cit., pp. 703-705 y 708-719; ID., «Comentario...», cit., pp. 433-434; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 463, nota 5, 467, 472, 493-494 y 500; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», cit., pp. 557-558, 604, 628 y 663.

cedido, en caso de que éste acredite inequívocamente ser el titular de los bienes objeto de la posterior transmisión fiduciaria. En tal caso, no es difícil apreciar que no concurre el presupuesto imprescindible para que proceda la usucapión ordinaria, la falta de titularidad del *tradens*. No es correcto, pues, hacer operar la usucapión ordinaria en las relaciones *inter partes*, sin exigir como presupuesto una disposición *a non domino*, ya que el perturbador resultado de todo ello sería considerar que dicha usucapión puede suplir la falta de adquisición derivada de la nulidad del negocio adquisitivo, lo cual no puede ser más desafortunado.

1.4 La sorprendente alegación de usucapión ordinaria del fiduciante frente al fiduciario

En la praxis jurisprudencial se ha llegado incluso a plantear un supuesto que parece desafiar toda lógica jurídica. Nos referimos a la alegación en el negocio fiduciario de garantía de la prescripción adquisitiva ordinaria por el propio fiduciante. El simple planteamiento de esta posibilidad es repelido intuitivamente por todo aquel que goce de un mínimo de formación y sensibilidad jurídicas. No obstante, las extremas circunstancias en las que se ha planteado esta pretensión contribuyen, si no a justificar, sí al menos a hacer de algún modo comprensible algo que, en principio, carece de fundamento alguno. La cuestión es frente a quién y en qué circunstancias puede pretender el fiduciante haber usucapido la cosa.

Nuestra posición acerca de la naturaleza, estructura y eficacia del negocio fiduciario es clara: se trata de un negocio simulado relativamente, en el que bajo la falsa apariencia de un negocio transmisivo típico (venta) se oculta un negocio verdadero de garantía; la transmisión de la propiedad no se puede basar en la venta, por ser simulada, ni tampoco en el negocio oculto o disimulado, pues una mera causa de garantía no es idónea, no es suficiente, para operar la transmisión del dominio, ni *inter partes*, ni frente a terceros. De este modo, el fiduciante-deudor no ha perdido en ningún momento la propiedad, por lo que huelga plantear la usucapión sobre cosa que es propia de manera indubitada. Tampoco tendría sentido la usucapión en caso de que se defienda que el negocio fiduciario tiene virtualidad transmisiva de la propiedad formal, esto es, que se produce un desdoblamiento de la propiedad en formal o externa (el fiduciario es propietario frente a terceros) y material (en la relación interna, frente al fiduciario, el fiduciante es el auténtico dueño), pues si en la relación interna el fiduciante es *–rectius*, sigue siendo– el verdadero dueño, carece de sentido alegar usucapión frente al fiduciario. Mas no parece tan

absurda tal alegación del fiduciante cuando aparece en escena un tercero. Tal es lo que ocurrió en la STS 17 septiembre 2003: un matrimonio vende en escritura pública un inmueble a un sujeto, quien inscribe su adquisición en el Registro de la Propiedad; en la misma fecha, las partes otorgan un documento privado en el que se hacía constar que la «venta» no tenía por finalidad transmitir la propiedad, sino garantizar la restitución de un préstamo, comprometiéndose el adquirente a revendérselo si le abonaban la suma prestada. También se estipuló que los cónyuges podían continuar ocupando la vivienda. La deuda se canceló en tiempo oportuno, otorgando el prestamista documento privado en que así lo reconocía y comprometiéndose al otorgamiento de la escritura de retransmisión cuando fuere requerido para ello. En tales circunstancias, la Agencia Tributaria trabó embargo sobre el bien por deudas del prestamista-fiduciario; a la vista de ello, los fiduciantes interpusieron tercería de dominio sobre el bien embargado, que fue desestimada por el Tribunal Supremo sobre la base de que el pacto de fiducia interno entre los transmitentes y el adquirente no podía serle opuesto al tercero embargante³¹⁹. Los actores habían aducido también como *causa petendi*, a mayor abundamiento, la prescripción adquisitiva ordinaria, por venir poseyendo con carácter de dueños, de buena fe y justo título por un periodo superior a diez años. El Tribunal Supremo se apoya en la teoría que sólo confiere al negocio fiduciario virtualidad para operar una transmisión formal del dominio³²⁰, y, con base en ella, señala que el litigio no se debía haber planteado en sede de usucapión: «carece de sentido hablar de prescripción adquisitiva por el primero [el fiduciante], operante frente a terceros, porque el fiduciante es el

³¹⁹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, «“Fiducia cum creditore”: acreedores del fiduciario y ejercicio por el fiduciante de la tercería de dominio. Comentario a la STS de 17 septiembre 2003», *RdP*, 2005, n.º 14, p. 329, critica esta decisión, pues, a su juicio, una vez demostrada la existencia de fiducia *cum creditore*, el fiduciante debería haber sido considerado como verdadero dueño de la cosa. Cfr. PARA MARTÍN, *op. cit.*, p. 732. Según ARROYO I AMAYUELAS, *op. cit.*, pp. 668-669, «el argumento registral» (la titularidad constaba inscrita a nombre del fiduciario, no del fiduciante) es «el que determina que la solución adoptada por el TS haya sido diferente a la que la lógica del negocio fiduciario, según lo entiende la teoría de la doble titularidad, exigiría».

³²⁰ La STS 17 septiembre 2003 afirma que el negocio fiduciario «no transmite más que formalmente la propiedad al acreedor, pero para los terceros de buena fe existe una transmisión real»; o, en otros términos, el negocio fiduciario produce una «especie de desdoblamiento de titularidad; la externa, que ostenta el fiduciario frente a todos los terceros a título oneroso y de buena fe, protegidos por ello por la apariencia jurídica, siendo la buena fe sinónimo de desconocimiento del pacto fiduciario, es decir, de que el dominio sigue en realidad perteneciendo al fiduciante, no obstante su transmisión exterior al fiduciario». SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 116-117, a pesar de defender la teoría del desdoblamiento de la propiedad en formal y material, critica este fallo del Tribunal Supremo pues estima que da lugar a un resultado injusto: que los fiduciantes no puedan usucapir frente al fiduciario les impide oponer la usucapión frente al tercero acreedor que insta el embargo. A su juicio, lo más correcto hubiese sido estimar procedente la tercería de dominio de los fiduciantes contra el acreedor embargante.

verdadero propietario frente al fiduciario, no necesita del mecanismo de la prescripción para volver a adquirir formalmente la titularidad que enajenó, sólo puede exigir del fiduciario que le retransmita aquélla. Por tanto, si no hay adquisición por prescripción, nada puede oponerse a terceros. En fin, la prescripción defiende al propietario contra la actividad dominical de un tercero o del mismo fiduciario, que se arrojan la propiedad, pero en este pleito nada de esto ha sucedido». El razonamiento del Tribunal Supremo guarda algún paralelismo con un supuesto en cierto modo semejante. Nos referimos a la compraventa con pacto de retro, respecto de la cual se ha señalado que el comprador nunca puede oponer al vendedor la usucapión para impedir la efectividad del pacto de retro³²¹. Por otra parte, convenimos con el Alto Tribunal en cuanto a que la cuestión no se debía haber planteado en sede de usucapión, pues el fiduciante, a consecuencia de la simulación que de modo necesario implica la fiducia, no es sólo verdadero propietario frente al fiduciario, sino propietario sin más, frente a todos³²². Sin ningún género de dudas, sería incongruente declarar probada la existencia de un negocio fiduciario y, a renglón seguido, admitir que el fiduciante ha usucapido el bien objeto del mismo: si lo primero es válido no puede valer lo segundo, ya que no es admisible la existencia simultánea de una duplicidad de títulos de propiedad en un mismo sujeto³²³.

³²¹ MORALES MORENO, *Posesión...*, cit., p. 275.

³²² Cfr., en parecido sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA, *op. cit.*, pp. 329-330.

³²³ En este sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA, *op. cit.*, p. 330, quien añade que, a nivel teórico, no se puede rechazar que una cuestión de este tipo se solucione mediante la alegación de usucapión extraordinaria por el fiduciante, pero, eso sí, siempre que quede indemostrada la realidad del negocio fiduciario (lo que no es difícil que ocurra dado el natural empeño que ponen las partes en ocultar el pacto fiduciario): el sedicente propietario podría entonces justificar su derecho mediante la usucapión, como instrumento adecuado para no dejar indefenso al fiduciante. Por su parte, ARROYO I AMAYUELAS, *op. cit.*, pp. 670-671, observa que la alegación de prescripción que realiza el fiduciante no prospera, pues con arreglo a la tesis del Tribunal Supremo, éste no dejó nunca de ser propietario, y, además, no se aprecia conducta desleal del fiduciario, que en todo momento estuvo dispuesto a restituir, y que no pudo hacerlo a consecuencia del embargo trabado por la Hacienda Pública. No podemos dejar de hacer referencia, aunque sea de modo incidental, a una difícil cuestión. En su celo protector de los terceros que puedan resultar afectados por el negocio fiduciario, el Tribunal Supremo parece a veces olvidar, o, al menos, no tener todo lo presente que debería, que existe una clara diferencia entre el caso de un tercer adquirente que deriva su derecho de un no titular en virtud de un negocio oneroso y de buena fe, y el supuesto de los acreedores que persiguen el cobro de un crédito dirigiendo su acción contra el patrimonio del obligado *ex* artículo 1911 CC. En el primer caso, el tercer adquirente es más digno de protección que el fiduciante, que deja la cosa en poder del fiduciario y contribuye a la creación de una falsa apariencia en la que confía el adquirente. En el segundo, los acreedores tienen derecho a intentar evitar que desaparezcan del patrimonio de su deudor bienes que realmente le pertenezcan, pero no a que sea incluido en tal patrimonio un bien que en realidad no pertenezca a su deudor. En este caso, primaría el interés del fiduciante sobre el del acreedor. La fe pública registral no protege la creencia de los acreedores del deudor en la exactitud del Registro, pues tal protección no resulta del artículo 34 LH ni de ningún otro precepto legal. En consecuencia, los acreedores del fiduciario que embargan bienes que constan inscritos en favor de éste en el Registro de la Propiedad

Existe un precedente más remoto, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el que el fiduciante alegó usucapión ordinaria frente al fiduciario y al tercero hipotecario *ex* artículo 34 LH. Se trata de la STS 29 marzo 1960. Los hechos fueron los siguientes: mediante escritura pública otorgada el 11 de marzo de 1932, una persona reconoció adeudar a otra 75.000 pesetas, y, en pago de dicha deuda, le transmitió una serie de fincas; con posterioridad a dicha escritura, el adquirente se comprometió a hacer retrocesión de las fincas al transmitente si éste, en el plazo de cuatro años, le pagaba el importe e intereses de la deuda. Como se puede apreciar, aunque en el pleito no se alegó en ningún momento la existencia de fiducia *cum creditore*, la compleja operación comercial encaja a la perfección dentro de la categoría de los negocios fiduciarios de garantía elaborada por la jurisprudencia³²⁴. Pues bien, el pago tuvo lugar antes de que venciera el plazo concedido, conforme se hizo constar en documento privado de 30 de junio de 1932, en el que el fiduciario declaraba estar reintegrado de las cantidades por las que el fiduciante le había hecho escritura pública de cesión de varias fincas, por lo que hacía retrocesión de las mismas y se obligaba a otorgar la correspondiente escritura pública de retrocesión. Debemos señalar que la finca fue inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del fiduciario y que el fiduciante, a partir del referido documento privado de retrocesión, había quedado en la posesión quieta y pacífica de la finca. El fiduciante había intentado

deben ceder ante la tercería de dominio ejercitada por el verdadero dueño, el fiduciante (PUIG BRUTAU, «La relación fiduciaria», cit., pp. 1016-1017, seguido por GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 560. Cfr. LACRUZ, *Derecho...*, cit., pp. 180-181). No obstante, la STS 12 febrero 1988 sostiene opuesto criterio: los acreedores del fiduciario trabaron embargo sobre la finca objeto de la fiducia; ante la tercería de dominio interpuesta por el fiduciante, el Tribunal Supremo considera que «los actos dispositivos que realice el fiduciario, aparente titular dominical, serán plenamente eficaces en favor del tercero de buena fe por título oneroso, que haya inscrito su adquisición, en virtud de la responsabilidad del fiduciante, al haber creado, e incluso al haber admitido, aunque sea fruto de su agobiante situación dicha simulación, opinión perfectamente aplicable a la anotación del embargo preventivo que aquí se discute» (sobre esta sentencia, cfr. ARROYO I AMAYUELAS, *op. cit.*, p. 669; CARRASCO PERERA, «La transmisión...», cit., p. 806; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 560; LOBATO GARCÍA-MUJÁN, *op. cit.*, p. 343, nota 31; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.*, pp. 48, 56 y 66; RIVERA FERNÁNDEZ, «Comentario...», cit., p. 362). JORDANO FRAGA, *Falta...*, cit., p. 231, nota 292, comparte el criterio de esta sentencia, pues considera que la protección de los terceros va más allá que la de los terceros adquirentes. En cierto sentido, en la STS 17 septiembre 2003 subyace un planteamiento similar al de la sentencia últimamente citada, mas, deben hacerse dos importantes precisiones: 1.ª) frente a lo que pudiese parecer, en la STS 17 septiembre 2003, «el acreedor embargante no se puede considerar adquirente en el sentido exigido por el artículo 34 LH» (ESPEJO LERDO DE TEJADA, *op. cit.*, p. 329); 2.ª) el argumento registral es el que determina la solución adoptada por el Tribunal Supremo (ARROYO I AMAYUELAS, *op. cit.*, p. 669).

³²⁴ Como indica GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 73-74, nota 82, pese a que en la sentencia parezca darse por sentada la naturaleza solutoria de la cesión de las fincas, del conjunto de hechos y circunstancias presentes en la litis se infiere que subyace en la operación una finalidad de garantía respecto de una deuda que no se da por extinguida, sino que, antes bien, parece mantenerse en pie. Comparte esta apreciación, DURÁN RIVACOBA, *La propiedad...*, cit., p. 210. Cfr. RIVERA SABATÉS, *El retracto convencional*, Granada, 2001, p. 409.

repetidamente que el fiduciario otorgase escritura pública en la que se hiciese constar de modo fehaciente la retrocesión verificada en documento privado, mas, por unas u otras razones, el fiduciario se resistía a ello. Así las cosas, el fiduciario, que atravesaba una difícil situación económica, abusando de su aparente legitimación para transmitir como titular registral, vende la finca a un tercero de buena fe el 23 de agosto de 1953, quien la inscribe a su nombre el 6 de octubre de ese mismo año. El fiduciante pretende que se declare la nulidad de la compraventa, pues se considera propietario en virtud del documento privado de retrocesión; de modo subsidiario, alega ser dueño de la finca por usucapión ordinaria. La primera pretensión se desestima ya que el tercer adquirente reúne todos los requisitos del artículo 34 LH³²⁵. La pretensión de usucapión también se desestima pues el Tribunal Supremo considera que el fiduciante carece del justo título imprescindible para usucapir en forma ordinaria³²⁶. Adicionalmente, se rechaza de manera terminante la pretendida usucapión de las fincas por oponerse a ello la escritura de poder para administrar que el fiduciario otorgó en favor del fiduciante, «lo que impedía apreciar en su beneficio la posesión en concepto de dueño»³²⁷.

³²⁵ En concreto, conviene señalar que las causas de resolución del derecho del transmitente no constaban en la inscripción (la retrocesión no se pactó en la escritura pública, sino fuera de ella), y que la mala fe del tercer adquirente en cuanto que conocedor de la inexactitud de la inscripción registral no se presume nunca, sino que ha de ser probada por quien la afirme. Otras sentencias contemplan también casos en que los bienes objeto de la fiducia fueron transmitidos por el fiduciario a terceros: en algunas de ellas se protege al tercero hipotecario porque no existe prueba de que se hubiese confabulado con el fiduciario (SSTS 23 febrero 1951 y 30 enero 1991); en otras, el conocimiento por el adquirente de la desconformidad entre la realidad jurídica y la inscripción, es decir, la no ignorancia del carácter fiduciario de la venta, determina que se califique como tercero de mala fe excluido de la protección *ex* artículo 34 LH (SSTS 17 diciembre 1959 y 6 junio 1995). La STS 20 abril 1965, en conformidad con lo probado en un previo procedimiento penal por delito de usura, considera que la venta del inmueble fue en garantía de la restitución de un préstamo y que era nula la venta del mismo a un tercero a quien la sentencia penal había considerado como encubridor. Se considera tercero beneficiado por la apariencia registral no sólo a los terceros adquirentes, sino también a los terceros retrayentes: se protege, pues, no sólo al que adquiere por título oneroso del simulado propietario, sino también al que adquiere por derecho de retracto siempre que ignore la simulación. Así, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa...*, cit., p. 213; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 559-560 y 585-586; JORDANO FRAGA, *Falta...*, cit., p. 228. En el caso resuelto por la STS 3 diciembre 1996, como señala RIVERA FERNÁNDEZ, «Comentario...», cit., p. 363, la no protección del arrendatario que pretendía ejercitar el retracto legal sobre la finca transmitida deriva de que es considerado tercero de mala fe, pues por las circunstancias concurrentes no podía ignorar la finalidad de garantía subyacente en la venta. Sobre esta cuestión, cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 434-439.

³²⁶ Según el Tribunal Supremo, el fiduciante tergiversa la desafortunada redacción de un considerando de la Audiencia Territorial, pues la escritura a la que en el mismo se alude es la otorgada por el fiduciario en favor no del fiduciante, sino del tercer adquirente, «y por tanto, al ser así, ya no se da el justo título que aduce el recurrente a su favor».

³²⁷ En un supuesto bastante similar al de la sentencia que estamos analizando en el texto, se rechazó también la pretensión de usucapión por el fiduciante. Se trataba de un negocio de estructura fiduciaria (escritura pública de dación en pago con pacto de retro complementada con un documento privado del que se desprendería que lo perseguido era tan sólo una finalidad de garantía), en el que el transmitente (fiduciante), transcurrido el plazo fijado para

Otro supuesto en el que el fiduciante alega usucapión frente al fiduciario es el abordado por la SAP Córdoba 3 mayo 1993 (AC 1993, 1820). Se trataba de una compleja operación negocial en la que, en un primer momento, se vendían en escritura pública una vivienda y toda una serie de inmuebles, y justo a continuación, se celebraba una segunda compraventa, ahora en documento privado, entre las mismas partes, pero en la que las posiciones contractuales se invertían. Esta segunda compraventa (*rectius*, reventa) quedaba condicionada al pago al fiduciario-acreedor del crédito de este modo garantizado. Los fiduciarios toleraron que los fiduciantes continuasen ocupando la referida vivienda, con tal que abonasen los gastos de comunidad, contribución y servicios de la misma. La entidad fiduciaria fue más tarde disuelta, adjudicándose a sus socios la propiedad del piso, lo que se constató en el Registro de la Propiedad. Los taimados fiduciantes pretendían haber usucapido en forma ordinaria por haber poseído con justo título, buena fe y de forma ininterrumpida por más de diez años. Con arreglo a este planteamiento de la cuestión, bien se estaría implícitamente admitiendo la transmisión plena y definitiva del dominio al fiduciario (teoría del doble efecto), bien se estaría negando la realidad del negocio fiduciario, ignorando lo estipulado en el documento privado y ateniéndose sólo a lo pactado en escritura pública. La Audiencia Provincial de Córdoba, pese a defender que el fiduciario no es un propietario pleno sino solo formal (es decir, externamente o frente a terceros, no internamente o frente al fiduciante), desestima la usucapión ordinaria pues considera subsistente aún la función de garantía perseguida por el negocio fiduciario (no se había pagado la deuda en absoluto), lo que implica mala fe por parte del fiduciante. A nuestro juicio, hubiese sido más coherente negar la usucapión ordinaria porque: 1.º ésta no puede operar nunca *inter partes*; 2.º la teoría de la transmisión de la propiedad formal implica que en la relación interna, entre fiduciario y fiduciante, éste no ha dejado nunca de ser propieta-

el ejercicio del derecho de retracto convencional, tras negar tanto la existencia de verdadera dación como de tradición, alegaba usucapión *ex* artículo 1941 CC. El Tribunal Supremo se opone a ello sobre la base de considerar que «la venta hecha en escritura pública, sea pura y simple o con pacto de retro y aun cuando éste envuelva una garantía de pago, el otorgamiento de la escritura equivalente a la entrega de la cosa, artículo 1462 del C. Civ.» (STS 6 mayo 1972). En otras ocasiones, no se estima procedente la usucapión sobre la base de rechazar la calificación del negocio como fiduciario por falta de la oportuna prueba. En efecto, si el negocio otorgado no es fiduciario, sino que se trata de un mero contrato traslativo típico (v. gr., venta), es decir, si la transmisión de la propiedad no es aparente sino real, huelga la usucapión. La STS 7 junio 1955 llegó a la conclusión de que el negocio otorgado entre dos hermanos fue una simple compraventa cuya finalidad no era garantizar, sino disminuir el importe de la deuda que existía entre ellos. Frente a la pretensión del transmitente de que la venta era simulada, encubriendo un negocio fiduciario *cum creditore*, ya que lo realmente querido tras la aparente transmisión de la propiedad era constituir una garantía, el adquirente (supuesto fiduciante) se opuso alegando prescripción adquisitiva, mas siendo éste ya propietario en virtud de la compraventa, se desestima por innecesaria la usucapión.

rio, por lo que la usucapión carece de sentido; y 3.º) la conducta del fiduciante manifiesta una gran deslealtad. Recordemos como, en cambio, en el supuesto contemplado por la STS 17 septiembre 2003, no fue reprochable el proceder del fiduciario que, dispuesto a realizar los actos tendentes a la restitución de la cosa, una vez cobrada la deuda, no pudo hacerlo debido al embargo instado sobre la cosa dada en fiducia por un tercero. Lo que no es de recibo es que el fiduciante, sin haber abonado previamente la deuda garantizada mediante la transmisión aparente de los bienes, pretenda, mediante la usucapión, recuperar la titularidad de los mismos. Como bien dice el Tribunal Supremo en la sentencia que acabamos de citar, no tiene sentido hablar de usucapión por parte del fiduciante porque éste «es el verdadero propietario frente al fiduciario, no necesita del mecanismo de la prescripción para volver a adquirir formalmente la titularidad que enajenó, sólo puede exigir del fiduciario que le retransmita aquella». El fiduciario no estará obligado a retransmitir la titularidad al fiduciante (acto que supone la cancelación de la garantía fiduciaria)³²⁸, hasta que este último no haya abonado la deuda en su integridad. La citada SAP Córdoba 3 mayo 1993 es consciente de lo injusto de acceder a la pretensión de usucapión del fiduciante frente al fiduciario, sin haber saldado la deuda: «la usucapión o prescripción adquisitiva no es mantenible ante un negocio jurídico válido y subsistente, hasta el punto de que quebraría la anterior doctrina [el fiduciario como titular formal al que le asiste un *ius retinendi* mientras no se abone el débito] si se impusiera la restitución efectiva de lo transmitido sin que se haya cumplido la deuda». En conclusión, el fiduciante no puede alegar con éxito la usucapión ordinaria frente al fiduciario; y, en tanto no abone la deuda garantizada mediante la transmisión fiduciaria, no podrá tampoco reclamar la restitución del bien, pues en tal caso la jurisprudencia reconoce al fiduciario un derecho de retención sobre el mismo como medio de presión para forzar al fiduciante al cumplimiento de la prestación debida.

2. NEGOCIO FIDUCIARIO *CUM AMICO* Y USUCAPIÓN ORDINARIA

2.1 El negocio fiduciario *cum amico* como título para la usucapión ordinaria

La fiducia *cum amico* ha de ponerse en relación con la interposición de personas, es más, dicha clase de fiducia puede calificarse,

³²⁸ Cfr. SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pp. 202-204.

y, de hecho, se suele calificar, como una interposición de personas³²⁹. Una vez establecida esta premisa, como señala Cámara Lapuente, existen dos opciones diversas³³⁰: si se sostiene el carácter simulado del negocio fiduciario, en caso de fiducia *cum amico* se hablaría de interposición ficticia de personas³³¹, mientras que si se propugna la diferencia con la simulación, la interposición sería real, lo cual aproximaría la fiducia *cum amico* a la representación indirecta³³².

Existen diversas formas de articular la fiducia *cum amico*:

- por un lado, poner a nombre del fiduciario un bien cuya titularidad ya pertenecía al fiduciante antes de la transmisión fiduciaria³³³;
- por otro, que el fiduciante se sirva de persona interpuesta para adquirir a través de ella el bien de un tercero³³⁴. Nuestra jurisprudencia ha admitido que para que exista negocio fiduciario no es necesario que la cosa objeto de la operación perteneciere en propiedad al transmitente con anterioridad a la celebración del contrato, pues puede ocurrir que la cosa sea adquirida de persona extraña, con metálico aportado por el fiduciante al fiduciario para su adquisición, a nombre del cual se transferiría la titularidad³³⁵.

A caballo entre estas dos posibilidades, es decir, participando de las características de ambas, cabría señalar el caso en que el fiduciante adquiere mediante documento privado de un tercero,

³²⁹ Por todos, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1817; JORDANO BAREA, «Mandato...», *cit.*, pp. 1439-1441. Según SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 224, la «fiducia *cum amico* utiliza un testafarro, una persona intermedia o interpuesta».

³³⁰ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1817-1818.

³³¹ Así, DE LOS MOZOS, «Negocio...», *cit.*, p. 1029. En sentido muy parecido, JORDANO BAREA, «Mandato...», *cit.*, p. 1444, nota 14, señala que la «intestación de bienes o puesta de los mismos a nombre de otro con carácter fiduciario no es –como por el contrario entiende la *communis opinio*– una interposición *real* de persona, sino una interposición personal *aparente*, bastante próxima a la interposición *ficticia* o simulada de persona, de la que únicamente le separan las concretas y limitadas facultades permitidas por el pacto fiduciario, que no existen evidentemente en la simulación absoluta de persona, pero sí en la simulación relativa de persona que oculta o disimula un encargo fiduciario. De suerte que, en puridad, no existe la llamada interposición *real* de persona, que siempre es fiduciaria y, como tal, sólo *aparente*». En este sentido, SSTS 2 diciembre 1996, 19 junio 1997 y 27 julio 1999. En la jurisprudencia menor, SSAP Alicante 16 junio 2003 (*JUR* 2003, 255523) y 13 noviembre 2009 (AC 2010, 282).

³³² Cfr. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 91; GARRIGUES, *op. cit.*, pp. 28-29 y 49 ss. Subrayan la estrecha relación que guarda la figura de la representación indirecta con la fiducia *cum amico*, DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, I, *cit.*, pp. 514-515; GULLÓN, *op. cit.*, p. 232. Cfr. STS 13 noviembre 1958.

³³³ SSTS 5 diciembre 1959, 18 febrero 1965, 30 abril 1977, 5 julio 1989, 30 abril 1992, 14 julio 1994, 18 marzo 1997, 23 junio 2006 y 13 julio 2009.

³³⁴ SSTS 3 junio 1953, 19 diciembre 1963, 28 diciembre 1973, 9 diciembre 1981, 9 octubre 1987, 28 mayo 1990, 14 octubre 1994, 2 diciembre 1996, 19 junio 1997 y 27 julio y 16 noviembre 1999.

³³⁵ SSTS 25 septiembre 1956 y 8 marzo 1963.

mas se escritura e inscribe en el Registro de la Propiedad a nombre del fiduciario³³⁶.

Constituye, también, un supuesto específico aquél en que una persona adquiere en parte para sí y en parte en provecho de otras personas, en proporción a sus respectivas aportaciones. No obstante, la adquisición se realiza exclusivamente a nombre de uno de los condóminos, aunque en documento privado se pacta, o de las circunstancias se deduce, que la titularidad adquirida pertenece pro indiviso a varias personas³³⁷.

Por último, se discute si el mandato para adquirir *proprio nomine* constituye o no un caso de fiducia *cum amico*. Es una cuestión muy polémica en la que la doctrina está dividida y la jurisprudencia no es terminante. En nuestra doctrina, autores de prestigio han configurado el mandato para adquirir no representativo como negocio fiduciario³³⁸. La jurisprudencia ha tenido la ocasión de resaltar la similitud de la fiducia *cum amico* con el mandato no representativo, la proximidad de la una al otro³³⁹. Destaca la ya lejana STS 4 mayo 1950, que dio el matiz de negocio fiduciario a un caso de mandato para comprar en nombre del mandatario por cuenta e interés del mandante. En el mismo sentido, las SSTS 24 marzo 1997 y 23 julio 2007 hablan de «mandato fiduciario». Ya en su momento, DE CASTRO señaló que la «práctica judicial muestra ser frecuente el que en una compraventa el comprador haya adquirido por cuenta y para fines de otro; las cuestiones que originan han sido vistas unas veces como correspondientes a la dogmática del negocio fiduciario y otras como propias del mandato o de la representación indirecta. Lo que –añade– es natural»³⁴⁰. En el

³³⁶ SSTS 27 noviembre 1995 y 31 octubre 2003. En la STS 27 febrero 2007, el supuesto es algo más complejo: un matrimonio compra a plazos un inmueble, falleciendo el marido sin haberse pagado todos los plazos. Sus hijos, como causahabientes, tras pagar la totalidad de los plazos, solicitan a la empresa inmobiliaria vendedora en escrito de carácter privado que eleve a escritura pública, exclusivamente a nombre de su madre, el documento privado en el que en su momento los padres compraron el piso con precio aplazado.

³³⁷ SSTS 22 diciembre 1955, 22 noviembre 1965, 16 mayo 1983, 4 febrero 1994, 5 marzo 2001 y 27 julio 2006.

³³⁸ JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., pp. 1439-1441; LÓPEZ Y LÓPEZ, *Retención y mandato*, Bolonia, 1976, pp. 105 ss. En la doctrina italiana, LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1971, pp. 152 ss. Según FERRARA, *op. cit.*, p. 291, y CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., p. 77, el mandato para adquirir sin poder constituye un supuesto semejante al del negocio fiduciario, del cual, no obstante, se distinguiría. En cambio, PUGLIATTI, «Fiducia e rappresentanza indiretta», en *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, pp. 282 y ss., excluye este supuesto de entre los negocios fiduciarios, hablando tan sólo de relación fiduciaria en sentido amplio o de negocio de confianza.

³³⁹ Sin ánimo exhaustivo, cfr. SSTS 4 mayo 1950, 22 noviembre 1965, 16 mayo 1983, 9 octubre 1987, 30 abril 1992, 21 marzo 1995, 5 julio 1996, 24 marzo y 24 noviembre 1997 y 7 mayo y 23 julio 2007. *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1810-1811, texto y nota 192.

³⁴⁰ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 425.

mismo sentido, Cámara Lapuente indica que «es habitual encontrar en la jurisprudencia el empleo indistinto, ante supuestos similares, de la fiducia en un caso o del mandato no representativo en otro, cuando no efectúan los tribunales una refundición de ambas instituciones», por lo que, puede decirse, en general, que «la fiducia abarca también todos los supuestos imaginables de representación indirecta, con la que sólo le separa una fina y ecléctica línea, y en especial, que cubre con regularidad las funciones del mandato para adquirir»³⁴¹.

En nuestra opinión, la fiducia *cum amico* implica, de manera inexorable, simulación relativa: bajo un contrato típico traslativo simulado (venta, donación) subyace el negocio en verdad querido pero disimulado, un mandato para administrar de carácter no transmisivo del dominio. Partiendo de esta premisa, vamos a examinar si el negocio fiduciario *cum amico* es un justo título, verdadero y válido, para usucapir en forma abreviada, y si el fiduciario puede tenerse por poseedor de buena fe y en concepto de dueño. No obstante, el pormenorizado análisis que de estas cuestiones hemos realizado con relación a los negocios fiduciarios de garantía, en gran medida extensible a los negocios fiduciarios *cum amico*, nos va a permitir reiterar, respecto de éstos, gran parte de lo afirmado respecto de aquéllos.

2.1.1 Justicia

Como ya sabemos, justo título significa apto en abstracto para transmitir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate; el título será justo si tiene naturaleza traslativa. En nuestra doctrina, sólo Jordano Barea se ha pronunciado acerca del negocio fiduciario *cum amico* como justo título para la usucapión ordinaria. Dicho autor, apoyándose en lo resuelto por la STS 16 mayo 1983, niega que el fiduciario, en la fiducia *cum amico contracta*, posea en virtud de un justo título, y ello sin considerar el negocio fiduciario *cum amico* como un supuesto de simulación relativa, sino partiendo de la tesis que sostiene que el negocio fiduciario transmite una propiedad formal o relativa³⁴². En síntesis, el supuesto de hecho de la STS 16 mayo 1983 fue el siguiente: una persona (mandatario) recibió de su madre y de dos de sus hermanos (mandantes) el encargo de comprar a nombre propio, sin poderes representativos, una finca en interés y por cuenta de los mandantes y parcialmente

³⁴¹ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1819, texto y nota 226, y 1832-1833, texto y nota 275.

³⁴² JORDANO BAREA, «Mandato...», *cit.*, pp. 1447-1449.

de sí mismo, por cuartas partes iguales. Adquirida la finca *proprio nomine* de su legítimo dueño, ante la reivindicación de los mandantes, pasados más de diez años, o pone el mandatario-fiduciario-comprador la usucapión ordinaria con base en haber poseído la finca en concepto de dueño durante el tiempo requerido por la Ley, de buena fe y con justo título, verdadero y válido. Respecto de la prescripción adquisitiva alegada por el demandado y recurrente, el Tribunal Supremo sienta la doctrina de que no puede calificarse de justo y verdadero el negocio en que el demandado actúa por cuenta de su madre y hermanos en la mayor proporción y para ellos adquiere la finca en sus tres cuartas partes³⁴³.

Nosotros partimos de premisas diferentes a las del citado profesor. La fiducia *cum amico* no es más que un supuesto específico de simulación relativa, en el que, tras la falsa apariencia de un negocio típico traslativo (negocio simulado), se oculta un negocio con causa de administración y de carácter no traslativo del dominio (negocio disimulado). En la simulación relativa, el negocio simulado no es un título apto para la usucapión abreviada, pues no es ni justo, ni verdadero, ni válido; en cambio, el negocio disimulado podría ser justo título siempre que tuviese carácter traslativo del dominio. Pero, como acabamos de indicar, el título disimulado en la fiducia *cum amico* nunca podrá ser considerado justo porque no tiene naturaleza traslativa del dominio³⁴⁴.

³⁴³ Según JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., pp. 1447-1448, sorprende que, en principio, se niegue al negocio de compraventa, realmente concluido con el vendedor, el carácter de justo título, mas, «por la absoluta primacía de la relación causal básica (contrato de mandato), el pacto de *fiducia cum amico* tiene un efecto condicionante o modal, adquiriendo el fiduciario exclusivamente en función del previsto destino final. Su titularidad sólo aparente, externa, relativa o formal no prevalece sobre el contrato básico y principal (mandato fiduciario), antes al contrario éste se superpone y tiene la primacía sobre el título de compraventa privándole de las notas de “justo” y “verdadero”, en las relaciones internas entre *dominus* y *usucapiens*».

³⁴⁴ La mayoría de la doctrina conviene en negar que una mera causa de administración, como la que caracteriza al negocio fiduciario *cum amico*, sea apta y suficiente para la transmisión del dominio, bien partiendo, como nosotros, de la concepción del negocio fiduciario como negocio simulado relativamente (ALBALADEJO, «El llamado...», cit., pp. 666-667, 668, nota 7 bis y 673-675; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 408-409; FUENTESECA, *op. cit.*, pp. 64-68 y 195-197; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «Comentario...», cit., pp. 1265, 1267 y 1269; O'CALLAGHAN, *op. cit.*, pp. 391-392; REGLERO CAMPOS, «El pacto...», cit., pp. 1929-1930), bien partiendo de otras concepciones (PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*, p. 4408; RODRÍGUEZ GUITIÁN, «Celebración de un negocio fiduciario entre la viuda y los hijos del fallecido durante la comunidad postganancial. Comentario a la STS de 27 de febrero de 2007», *RdP*, 2008, n.º 20, pp. 315-316). Según PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*, p. 4408, el efecto jurídico de la transmisión de la propiedad no se concede por más que sea querido por las partes, sino cuando concurre una justa causa para ello *ex* artículo 609 CC, y «ni la causa de garantía, ni la de administración de una cosa o gestión del ejercicio de un derecho son causas bastantes para transmitir la propiedad de las cosas o la titularidad de los derechos». Cfr. Díez-PICAZO, «Operaciones...», cit., pp. 32, 48 y 64. Discrepa de la opinión mayoritaria, RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., pp. 105-109, 123, 127-128, 203-204 y 210, quien concibe la fiducia como un contrato en cuya virtud se transmite la propiedad con fines de administración («siendo la fiducia la transmisión de la propiedad

El Tribunal Supremo parece haber negado en alguna otra ocasión que la fiducia *cum amico* constituya justo título para la usucapión ordinaria; nos estamos refiriendo a la STS 27 julio 1999, si bien, las condiciones discursivas un tanto confusas en que se desenvuelve esta resolución judicial no permiten extraer de ella conclusiones claras. El supuesto de hecho, expuesto de forma esquemática, es el que sigue: una señora, que trabajaba como empleada doméstica de un matrimonio, y que llevaba separada de hecho de su marido treinta años, para evitar problemas con éste, compró un piso, mas en la escritura pública de compraventa figuraron como compradores el matrimonio en cuya casa dicha señora se encontraba sirviendo. Los figurados compradores (fiduciarios) asumieron frente a la verdadera compradora (fiduciante) el compromiso de transmitir el inmueble adquirido, bien a la propia fiduciante, bien a los herederos de ésta. Se trata de un claro supuesto de fiducia *cum amico* en el que el fiduciante utiliza una persona interpuesta para adquirir por su medio un bien de un tercero. Ante la negativa de los fiduciarios a cumplir con su obligación de transmitir el bien, la heredera de la fiduciante ejercita la acción de nulidad por simulación de la compraventa al haberse efectuado por persona interpuesta. La sentencia recurrida (SAP Cantabria 4 octubre 1994 [AC 1994, 1738]) calificó el contrato discutido no como fiduciario, sino como simulado relativamente, «que por aplicación del artículo 1276 del Código Civil, permite declarar la nulidad del negocio simulado o ficticio y mantener la validez del negocio disimulado»; en consecuencia, se declara nula la compraventa celebrada entre los vendedores y las personas interpuestas (contrato simulado), pues no pagaron precio alguno, y válida la compraventa efectuada entre los vendedores y la verdadera compradora³⁴⁵.

con la promesa de retransmitir del fiduciario, la causa para el fiduciante será la obligación que el fiduciario adquiere de retransmitir la propiedad; y para el fiduciario la transmisión que le ha hecho la otra parte»); según este autor, se trataría de una propiedad plena, pero no definitiva, sino temporal o revocable. MATEO Y VILLA, «De la fiducia gestión», cit., pp. 2587, 2596, 2630-2631 y 2675, también disiente del parecer común, defendiendo una atípica *causa fiduciae* apta para producir un traspaso efectivo de la propiedad (es decir, ni pleno, ni meramente formal) pero de carácter temporal o transitorio. Por último, un considerable sector doctrinal considera que la *causa fiduciae*, identificada con el fin de administración perseguido, no provoca una auténtica traslación dominical, sino que tiene una limitada eficacia real, que sólo es apta para transmitir una propiedad o titularidad formal o fiduciaria (por todos, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1782, 1795 y 1824; GÓMEZ GÁLIGO, *op. cit.*, pp. 538-539; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.*, pp. 49 y 60-65).

³⁴⁵ Lo que sucede es que, pese a que la Audiencia Provincial de Cantabria resolvió con base en la simulación relativa, descartando que se tratase de una fiducia *cum amico*, el Tribunal Supremo parece decantarse por la tesis del negocio fiduciario, o al menos efectuar una refundición con la simulación relativa: así, el Alto Tribunal habla de la existencia de un negocio fiduciario válido celebrado verbalmente entre la verdadera compradora y los figurados adquirentes, en cuya virtud, éstos aparecerían formalmente como compradores, para luego transferir la propiedad del bien a la fiduciante o a sus herederos.

Los supuestos adquirentes pretendieron dejar de cumplir la obligación de retransmitir atribuyéndose la verdadera y real titularidad dominical del piso litigioso, y, subsidiariamente, alegaron prescripción adquisitiva ordinaria con base en el contrato de compraventa, lo que es rechazado, tanto en segunda instancia como por el Tribunal Supremo, «por cuanto no puede considerarse como justo título el declarado nulo». A juicio del Tribunal Supremo, la adquisición mediante persona interpuesta constituye un supuesto de simulación relativa que determina la nulidad absoluta del contrato simulado, circunstancia que impide su calificación como justo título.

En la jurisprudencia menor, es digna de mención la SAP Madrid 14 octubre 2008 (AC 2008, 2077). Un matrimonio adquirió una serie de bienes inmuebles en escritura pública figurando como comprador su hijo, pero todos los pagos relativos al precio de las compraventas fueron hechos por los padres. Pocos días antes de contraer matrimonio el hijo, y para evitar futuros problemas, suscribe un documento privado en el que reconocía la naturaleza fiduciaria de su titularidad dominical, asumiendo el compromiso de poner los bienes a nombre de sus verdaderos propietarios, los padres. El hijo fallece en accidente antes de poder cumplir su compromiso, y su esposa, negando la existencia del pacto fiduciario, se atribuye la titularidad real de los bienes, y, subsidiariamente, alega haber adquirido por usucapión ordinaria. Ambas pretensiones son desestimadas. En cuanto a la adquisición por tradición, porque «el negocio jurídico fiduciario no es título a los efectos del artículo 609 del Código Civil para adquirir el dominio por la teoría del título y el modo»³⁴⁶; en cuanto a la adquisición por usucapión, porque «el negocio jurídico fiduciario es radicalmente nulo o inexistente por lo que no es título hábil para adquirir el dominio por usucapión ordinaria». Aunque el resultado nos parece correcto, la Audiencia no explica el modo por el que llega a él, pero, a título de mera conjetura, podemos señalar dos posibles vías: bien una equiparación entre el negocio fiduciario *cum amico* y el negocio simulado absolutamente³⁴⁷,

³⁴⁶ Se sigue aquí muy de cerca el criterio de Díez-PICAZO, «Operaciones...», cit., p. 32, según el cual, entre los contratos que justifican una transmisión de la propiedad *ex* artículo 609 CC no se encuentra la fiducia.

³⁴⁷ AMORÓS GUARDIOLA, *Comentario...*, cit., p. 486, equipara el negocio fiduciario, en cualquiera de sus especies, con la simulación absoluta. En cambio, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «Comentario...», cit., pp. 1264, 1265 y 1267, sólo equipara la fiducia *cum amico* con la simulación absoluta. Por su parte, RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 220, sostiene que la fiducia *cum amico* puede constituir, según las circunstancias, bien un supuesto de simulación absoluta, bien un caso de simulación relativa. La dificultad de la cuestión puede ilustrarse con el caso planteado en la STS 27 febrero 2007, que si bien es calificado como fiducia *cum amico* por el Tribunal Supremo, se considera como constitutivo de simulación

bien, lo que parece algo más correcto, una equiparación de la fiducia *cum amico* con el negocio simulado relativamente³⁴⁸.

De este modo, el contrato simulado (contrato transmisivo típico empleado fiduciariamente), nulo radicalmente, no puede ser justo título para la usucapición, mientras que el contrato disimulado (mandato para administrar, custodiar, etc.) carece de naturaleza transmisiva del dominio, por lo que tampoco puede reputarse justo título *ad usucapionem*.

En lo que respecta a la inscripción como justo título para la usucapición ordinaria en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 LH, hemos de señalar que en la fiducia *cum amico*, con bastante frecuencia, aunque quizá no tanta como en la fiducia *cum creditore*, el fiduciario aparece como titular inscrito en el Registro de la Propiedad³⁴⁹, lo cual es lógico, pues las partes quieren crear la falsa apariencia de que el bien pertenece a éste. No obstante, en la STS 14 julio 1994, se valoró como dato fáctico revelador de la inexistencia de una verdadera transmisión del dominio por título de donación, sino de un negocio fiduciario *cum amico*, el hecho de que la supuesta donataria nunca inscribió su derecho en el Registro de la Propiedad, donde la finca seguía figurando a nombre de los supuestos donantes, no tomando nunca tampoco posesión de la misma. De las circunstancias que rodearon la transmisión dedujo el Tribunal Supremo la existencia del *pactum fiduciae*, es decir, del compromiso de retransmitir el derecho adquirido. El fiduciario fracasó tanto en su tentativa de mantener su titularidad en concepto de donatario, como en la subsidiaria de haber adquirido por usucapición ordinaria *ex* artículo 1957 CC, pues ni poseyó efectivamente el inmueble en ningún momento, ni pudo alegar en su favor la inscripción como justo título al carecer de ella.

absoluta por RODRÍGUEZ GUTIÁN, *op. cit.*, p. 316. Acerca de las –mínimas– diferencias entre la simulación absoluta y la fiducia *cum amico*, cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 423. No en vano, VALLET, «Negocios en fraude de ley, simulados, fiduciarios e indirectos», *RJN*, 1995, abril-junio, p. 208, texto y nota 13, señala que «decir que los negocios absolutamente simulados carecen de causa debe entenderse en el sentido de que tampoco tiene oculta una causa correspondiente a otro tipo de negocio jurídico. Pero, en realidad, siempre tienen una causa, ya sea ilícita o bien lícita, y siempre es fiduciaria», por lo que, a su juicio, la simulación absoluta se efectúa «con finalidad fiduciaria».

³⁴⁸ Por todos, ALBALADEJO, «El llamado...», *cit.*, pp. 663 ss. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa...*, *cit.*, p. 219, es muy explícito: «no imagino un negocio fiduciario que sea absolutamente simulado, pues todo negocio fiduciario pretende algún efecto (custodia, disfrute, garantía, etc.) además del engaño o la ocultación».

³⁴⁹ SSTS 4 mayo 1950, 3 junio 1953, 22 diciembre 1955, 5 y 17 diciembre 1959, 18 febrero 1965, 30 abril 1977, 16 mayo 1983, 9 octubre 1987, 21 junio 1991, 2 diciembre 1996, 18 marzo 1997, 27 julio 1999, 5 marzo 2001, 31 octubre 2003, 27 julio 2006, 27 febrero 2007 y 1 diciembre 2010. En la jurisprudencia menor, SSAP Córdoba 22 enero 2008 (*JUR* 2008, 218178) y Alicante 13 noviembre 2009 (*AC* 2010, 282). En la STS 13 julio 2009, el fiduciario figuraba como titular de un bien mueble (un cuadro) en el Registro administrativo creado por la Ley de Patrimonio Histórico Español 16/1985, de 25 de junio.

Las SSTS 5 marzo 2001 y 31 octubre 2003 han declarado que la existencia del pacto fiduciario no se desvirtúa por la inscripción registral a nombre del fiduciario que, a tenor del artículo 38 LH, sólo tiene el valor de presunción *iuris tantum* y, por consiguiente, es neutralizable mediante prueba en contrario³⁵⁰. Ambas sentencias presentan interés en materia de usucapión. La primera de ellas (STS 5 marzo 2001) trató el siguiente supuesto: una adquisición realizada pro indiviso por dos socios se hizo figurar en escritura pública y se inscribió a nombre de uno sólo de ellos. Fallecido uno de los socios, el otro reconoció en documento privado que parte de las fincas inscritas a su nombre en el Registro pertenecían a la mujer e hija del primero. Fallecido también el socio-fiduciario, sus herederos alegan la usucapión ordinaria, que rechaza el Tribunal Supremo por falta de posesión en concepto de dueño por el fiduciario, lo que también afecta a sus herederos en virtud de los artículos 436 y 661 CC. No se llegó a plantear en el litigio la cuestión de la inscripción como justo título para la usucapión *ex* artículo 35 LH. Respecto de la segunda sentencia citada (STS 31 octubre 2003), aunque se ha dicho que «no admite que el fiduciario que tiene inscrita a su nombre una finca pueda adquirirla por usucapión en base a la inscripción registral»³⁵¹, creemos que ello no es del todo exacto. Se trataba de un caso en que el fiduciante compraba en documento privado la finca a un tercero, escriturándose la compra e inscribiéndose la titularidad a nombre del fiduciario; en documento privado, el aparente comprador reconocía al fiduciante como verdadero propietario, obligándose a otorgar escritura de transmisión cuando fuese requerido para ello. Fallecido el fiduciante, sus herederos solicitan, en cumplimiento del pacto fiduciario, que se declare su dominio sobre el inmueble, a lo que el fiduciario se opone alegando la prescripción extintiva de la acción del fiduciante para exigir la restitución formal del bien objeto de la fiducia (arts. 1930, 1964 y 1969 CC). El Tribunal Supremo declara que «de admitirse la tesis de la recurrente de haber prescrito la facultad del fiduciante de exigir la restitución del bien, se llegaría, no habiendo adquirido el dominio el fiduciario o un tercero por alguno de los títulos a que se refiere el artículo 609 del Código Civil, a la infundada conclusión de que, por esa falta de reclamación del fiduciante, la cosa entraría, sin otro título, en el dominio del fiduciario».

³⁵⁰ Esta declaración se contenía ya en la STS 8 marzo 1963 respecto de la fiducia *cum creditore*. Sobre la necesidad de hacer desaparecer la disconformidad entre la realidad extrarregistral y lo publicado en el Registro en los supuestos de fiducia *cum amico*, mediante el otorgamiento de las oportunas escrituras públicas de transferencia de la propiedad y la práctica de las subsiguientes cancelaciones o modificaciones en las inscripciones, cfr. SSTs 22 diciembre 1955 y 18 marzo 1997.

³⁵¹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho...*, cit., p. 214.

2.1.2 Veracidad

Es sabido que una de las principales objeciones que se dirigen contra los negocios fiduciarios es su falta de veracidad, lo que conduce al arduo problema de la equiparación o no entre fiducia y simulación, del que ya nos hemos ocupado con anterioridad, tomando posición al respecto.

Según el sector doctrinal que defiende la transmisión plena de la propiedad por el negocio fiduciario, éste constituye un tipo negociado específico, dotado de una causa también específica (la atípica *causa fiduciae*): el negocio fiduciario es un negocio real, existente y querido por las partes, sin que pueda calificarse de simulado, mas, como cualquier otro negocio causal puede otorgarse abiertamente o disimularse bajo la apariencia de otro negocio diverso; se puntualiza, además, que el negocio disimulado, verdadero y querido por las partes, aunque oculto, sería el contrato de fiducia, contrato en cuya virtud se transmite la propiedad con finalidad de administración³⁵². Consecuencia de esta tesis sería la absoluta falta de necesidad de la usucapión: si el negocio fiduciario *cum amico*, celebrado abiertamente o disimulado tras otro negocio, transmite la plena propiedad del bien al fiduciario, no podría plantearse la usucapión en favor del que ya es propietario, del que ya adquirió por razón del título.

Desde la corriente doctrinal que aboga por la transmisión de una propiedad formal o relativa (no transmisión de la propiedad en las relaciones internas, sino sólo en las relaciones externas), se ha considerado que el negocio fiduciario *cum amico* «no constituye un título verdadero para amparar una usucapión por parte del fiduciario», y ello, sin estimar que implique simulación³⁵³. Dentro de esta corriente, Jordano Barea aprueba el criterio de la STS 16 mayo 1983, que, respecto de un mandato para adquirir no representativo, declaró que no puede calificarse como título «verdadero» el negocio en cuya virtud el mandatario actúa por cuenta de sus mandantes y para ellos adquiere la finca en sus tres cuartas partes³⁵⁴.

³⁵² RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., pp. 107-109, 112, 258 y 274.

³⁵³ SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 224. Creemos que este planteamiento se basa en la tesis de LACRUZ, *Elementos...*, II-2.º, cit., p. 191, que, aunque se opone a que el negocio empleado fiduciariamente se considere simulado, lo califica como «aparente»: en consecuencia, no verdadero en sentido estricto, aunque, en rigor, tampoco simulado.

³⁵⁴ JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., pp. 1447-1448, señala que aunque a primera vista pueda sorprender que se niegue a la compraventa, negocio realmente concluido por el tercero vendedor, el carácter de título verdadero, debe prevalecer la relación causal básica (mandato fiduciario) sobre el título de compraventa, privándole del carácter de «verdadero» en las relaciones internas entre *dominus* y *usucapiens*. A pesar de que este autor no llegue a hablar nunca de simulación relativa o de contrato simulado y disimulado, sí se refiere a la existencia de una titularidad aparente y de una relación causal básica.

A nuestro juicio, la fiducia *cum amico* no es un tipo negocial específico, sino un negocio atípico de estructura compleja que se efectúa a través de un procedimiento sustancialmente igual al simulatorio. En el negocio fiduciario *cum amico*, tras la apariencia de un falso y no querido negocio transmisivo típico (venta, donación) se oculta un mandato para administrar. Este último es un contrato verdadero, en el sentido de ser real y verdaderamente querido por las partes. Así pues, en la fiducia *cum amico*, el título disimulado ha de reputarse verdadero a efectos de usucapión. El disimulado es un título oculto tras un título falso o no verdadero, el simulado, mas es realmente querido por las partes³⁵⁵.

La ineptitud del negocio fiduciario *cum amico* para la usucapión ordinaria no procedería nunca de su falta de veracidad, sino de su falta de justicia (el título disimulado, verdadero aunque oculto, no es justo, no tiene naturaleza transmisiva del dominio), o, por hipótesis, de su falta de validez, cuestión que vamos a estudiar a continuación.

2.1.3 Validez

La fiducia *cum amico* puede emplearse para múltiples finalidades, tanto lícitas como ilícitas. En cuanto a las primeras, se ha dicho que, en términos generales, en la fiducia-gestión, el fiduciante transfiere al fiduciario la titularidad de los bienes con el único objeto de gestionarlos mejor, dadas las cualidades del fiduciario o la especial situación del fiduciante³⁵⁶. Más en concreto, y a título meramente ejemplificativo, la fiducia *cum amico* puede servir para: mantener el crédito o la clientela (el negocio sigue a nombre de quien lo traspassa, ocultándose la transmisión en favor del nuevo dueño); encomendar la gestión de los bienes para fines políticos, caritativos o religiosos; para la descentralización y agilidad de los negocios³⁵⁷; para obtener una negociación más ventajosa³⁵⁸; para eludir leyes injustas de carácter expoliatorio³⁵⁹; para asegurar la mejor administración de los bienes (v. gr., en favor de un hijo des-

³⁵⁵ *Vid.*, por todas, STS 29 noviembre 1989, que considera que el título disimulado, en la simulación relativa, es «verdadero» a efectos de la usucapión.

³⁵⁶ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1792; VALLET, «Negocios...», cit., pp. 208-209.

³⁵⁷ Ejemplos citados por DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 388-389.

³⁵⁸ VALLET, «Negocios...», cit., p. 209, nota 15, cita el supuesto frecuente de poner a nombre del fiduciario una propiedad para que éste la transmita o la adquiera, y la sanee, mejore, liquide sus cargas, parcele, divida horizontalmente, etc., con el fin de venderla posteriormente, a menudo por parcelas, chalets, locales, pisos o departamentos, todo por cuenta del fiduciante. Cfr. STS 23 abril 2004.

³⁵⁹ VALLET, «Negocios...», cit., pp. 208-209, nota 13, menciona como ejemplo la legislación desamortizadora de los bienes de la Iglesia, Órdenes o Congregaciones religiosas.

pilfarrador o disminuido)³⁶⁰. Incluso existen ocasiones en las que la fiducia *cum amico* puede encubrir o tener una finalidad que exceda de la propia representación indirecta o del mandato, y que la acerque a la de la fiducia *cum creditore*, esto es, la impuesta para garantía de quien aparece como fiduciario³⁶¹.

En cuanto a las finalidades ilícitas, mientras que es frecuente utilizar la fiducia *cum amico* para vulnerar normas fiscales o administrativas, es bastante más raro utilizarla para eludir la normativa civil. En términos generales, la validez de la fiducia *cum amico*, la validez del encargo hecho por el fiduciante al fiduciario, está fuera de duda, siempre, claro está, que no se la utilice como instrumento de fraude, tratando de hacer por persona intermedia algo no permitido legalmente³⁶². No obstante, el Tribunal Supremo no suele declarar la nulidad del negocio fiduciario *cum amico* realizado con la finalidad de vulnerar normas fiscales o administrativas³⁶³. De entre las numerosas resoluciones judiciales que confirman esta aseveración, se pueden citar como más representativas: la STS 9 diciembre 1981, que declara que no existe causa ilícita por fraude a las ordenanzas farmacéuticas (que prohíben que una misma persona tenga la titularidad de dos farmacias) en una fiducia *cum amico* constituida para adquirir una nueva farmacia por el fiduciante, que ya era dueño de otra; la STS 5 julio 1989 declaró que el negocio jurídico de puesta a nombre de otro, semejante a la fiducia, es váli-

³⁶⁰ JORDANO BAREA, «Sobre el negocio...», cit., p. 133, texto y nota 18, cita, en este sentido, un curioso caso sobre el que tuvo ocasión de emitir dictamen: A consiguió que su disoluto hijo B le transmitiera todos sus bienes con el fin de coadyuvar con ello al alejamiento de su codiciosa concubina, comprometiéndose a retransmitirlos una vez logrado su propósito.

³⁶¹ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 424-425, cita un supuesto jurisprudencial que se caracterizaba por estar dotado de una compleja naturaleza: en documento privado, el dueño de unos terrenos los vende a un conocido agente por 260.000 pesetas, con entrega de 50.000 y obligación de pagar el resto en cuatro meses, obligándose por su parte el vendedor al otorgamiento de la escritura pública de venta en favor de la persona que designase el agente. Resultando probado que «la compraventa no fue propiamente lo querido por las partes, sino otro contrato de representación o mandato», utilizándose la forma de compraventa por el «deseo del supuesto adquirente de obtener y alcanzar unos honorarios de cuantía superior a los que están asignados por el Reglamento de Agentes oficiales de contratación de fincas», y también para evitar la prohibición establecida en el artículo 1459-2.º CC, se declaró la nulidad de la venta y la devolución de las 50.000 pesetas (STS 4 marzo 1955). Por nuestra parte, podemos traer a colación el complejo supuesto tratado por la STS 23 abril 2004: el promotor de la urbanización de un polígono suscribió un documento con el presidente de la comunidad de propietarios de dicho polígono y, a la vez, de la entidad urbanística colaboradora de la conservación de la mencionada urbanización, en el que el primero declaraba vender a las entidades representadas por el segundo, por precio de una peseta, cinco parcelas del polígono, las cuales, una vez entregada la urbanización debidamente terminada, debían ser revendidas al promotor por el mismo precio. Con dicha cesión temporal se pretendía garantizar la ejecución por el promotor de las obras de urbanización, y, en previsión de la inactividad del mismo, permitir que fueran realizadas por la propia aparente compradora.

³⁶² DE CASTRO, *op. cit.*, p. 424.

³⁶³ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1790, texto y nota 124 y p. 1832, nota 274.

do aun cuando se otorgue para eludir responsabilidades de carácter administrativo; la STS 21 junio 1991 no considera nula una situación fiduciaria convenida «por razones administrativas y para evitar la realización de un nuevo proyecto de construcción»; la STS 19 junio 1992 no estima la existencia de fraude en la constitución fiduciaria de una sociedad anónima para eludir el Reglamento de ordenación de transportes mecánicos por carretera; la STS 14 octubre 1994 consideró válida la compra de acciones por medio de testafarro debido a «momentáneas dificultades administrativas» que impidieron rotularlas directamente a nombre del verdadero adquirente; la STS 19 junio 1997 considera procedente la reclamación de los fiduciantes contra los fiduciarios para obtener la propiedad de una vivienda de protección oficial que estos últimos adquirieron como testafarros, al no poder optar los primeros a su adjudicación, por ser ya propietarios de otra vivienda de las mismas características³⁶⁴; la STS 27 febrero 2007 no considera nula una fiducia *cum amico* celebrada entre la viuda y los hijos del fallecido, consistente en poner a nombre de la primera un bien perteneciente a la comunidad postganancial, «por cuestiones de índole fiscal». A modo de colofón, la STS 23 junio 2006, en un caso de fiducia *cum amico* para eludir las limitaciones impuestas a los extranjeros en materia de inversiones, declara que «tales limitaciones no implicarían por sí mismas, ni siquiera en caso de fraude de Ley, la nulidad»³⁶⁵. A pesar de lo dicho, debemos señalar que parece estar consolidándose una nueva línea jurisprudencial, pues como expone la STS 10 octubre 2008, «la jurisprudencia actual de esta Sala no permite seguir manteniendo, con carácter general, que la sanción administrativa excluya la nulidad civil de un acto o contrato contrario a una norma administrativa imperativa o prohibitiva»³⁶⁶.

³⁶⁴ Sobre un caso similar, cfr. STS 28 mayo 1990.

³⁶⁵ En otras ocasiones, la fiducia *cum amico* se emplea con la finalidad de beneficiarse, indebidamente, de lo dispuesto por la normativa fiscal o administrativa: STS 30 abril 1977, puesta a nombre de una persona extranjera y subsiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad de unos apartamentos con el fin de obtener un préstamo de dinero acogido al denominado «Crédito Turístico»; STS 9 octubre 1987, para establecer un supermercado en beneficio del fiduciante; STS 30 abril 1992, para la obtención de un préstamo oficial para pequeñas empresas; STS 5 julio 1996, para conseguir beneficios y facilidades en la construcción de viviendas de protección oficial; y STS 7 mayo 2007, mandato para adquirir por el que un hijo encarga a su madre (única que puede aprovechar la oferta por su condición de arrendataria) que adquiera para él la vivienda.

³⁶⁶ Entre las sentencias que conforman esta nueva doctrina jurisprudencial cabe mencionar, además de la citada en el texto, las SSTs 26 julio 2000, 2 abril 2002, 31 mayo 2005, 23 y 30 noviembre 2006 y 31 octubre 2007. Sobre esta cuestión, *vid.* DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, «Comentario a la STS de 10 octubre 2008», *CCJC*, 2010, pp. 19 ss. No obstante, CARRASCO PERERA y LYCKOWSKA, «Comentario a la STS de 17 julio 2008», *CCJC*, 2009, p. 649, estiman «improbable que la jurisprudencia relativa al artículo 6.3 CC vaya a cambiar, a pesar de esta solemne declaración en contrario del TS».

Una vez comprobado que el Tribunal Supremo se muestra bastante reacio a declarar la nulidad de la fiducia *cum amico* por elusión de normas administrativas, hay que señalar que, en cambio, no tolera tan fácilmente la vulneración de la normativa civil³⁶⁷. En tal sentido, cabría plantearse la posibilidad de la elusión de la prohibición del pacto comisorio y de la usura, y el fraude a acreedores y legitimarios.

Vayamos por partes. En la fiducia *cum amico*, el fiduciario no puede en ningún caso pretender la adjudicación definitiva de la cosa, puesto que carece de causa para ello e incurriría en fraude y mala fe³⁶⁸; correlativamente, el fiduciante tiene derecho a recuperar la cosa confiada con mayor amplitud que en la fiducia *cum creditore*, es decir, en cualquier momento y sin necesidad de alegar causa alguna³⁶⁹. Se ha dicho, con razón, que es absurdo alegar la prohibición del pacto comisorio en la fiducia-gestión, «por razones tan evidentes que hacen peregrina e innecesaria la afirmación misma»³⁷⁰. En efecto, en la fiducia *cum amico*, la titularidad fiduciaria no constituye una forma de garantizar un crédito del fiduciario, sino un mecanismo en interés exclusivo del fiduciante. Estas mismas razones determinan que carezca de todo sentido plantearse siquiera la posibilidad de que la fiducia *cum amico* incurra en la prohibición de la usura.

En cambio, la transmisión fiduciaria hecha al amigo con el objeto de colocar los propios bienes fuera del alcance de una ejecución forzosa por parte de los acreedores del fiduciante determinaría la ineficacia del negocio fiduciario³⁷¹. Del mismo modo, si la transmisión fiduciaria hecha al amigo hubiera tenido por finalidad defraudar la legítima de los herederos forzosos del fiduciante, sería impugnabile³⁷². E, incluso, el Tribunal Supremo, en un supuesto

³⁶⁷ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1790.

³⁶⁸ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1811-1812. Cfr. STS 5 julio 1996.

³⁶⁹ STS 31 octubre 2003. Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1811.

³⁷⁰ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1812, nota 198.

³⁷¹ Esta posibilidad, apuntada ya por JORDANO BAREA, «Problemática...», cit., p. 521, texto y nota 33, también es señalada por CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1790 y 1827; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., p. 83, nota 62; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 224. En este sentido, la STS 23 septiembre 2002 considera que la transmisión fiduciaria gratuita entre parientes encubierta bajo forma de compraventa es rescindible, *ex* artículos 1111 y 1291-3.º Código Civil, por haberse celebrado en fraude de acreedores.

³⁷² La STS 18 marzo 1997 aborda el siguiente caso: en escritura pública, los cónyuges vendieron a uno de sus hijos una vivienda y dos locales; tras el fallecimiento del marido, la mujer y la hija «compradora» suscriben un documento privado por el que ésta reconoce a su madre como auténtica propietaria de las fincas, comprometiéndose a retransferírselas. En el pleito se discutió si dicha escritura encubría una donación en favor de la hija o si, por el contrario, respondía a un negocio fiduciario, siendo esta segunda tesis la que prevaleció en casación. Aunque el Tribunal Supremo optó por dejar «aparte la cuestión del fraude a la que alude la sentencia apelada ya que en autos no existen datos para afirmar que con esta operación se perjudicaban los derechos hereditarios de los hijos» del

bastante complejo, ha llegado también a declarar la nulidad de la fiducia-gestión por infracción del artículo 1459-2.º CC³⁷³.

2.2 La posesión del fiduciario

2.2.1 *Posesión material. La inscripción como presunción de posesión ad usucapionem*

A diferencia de lo que ocurre en la fiducia *cum creditore*, en la que lo más habitual es que el fiduciante siga conservando la posesión material de la cosa, en la fiducia *cum amico*, lo ordinario es que el fiduciario sea el tenedor material de la cosa; ello es así porque el contacto físico con el bien es imprescindible para que el fiduciario pueda gestionarlo adecuadamente, y porque la función publicitaria de la posesión serviría para revelar de cara a terceros la –aparente– titularidad dominical³⁷⁴.

Además, y en este caso al igual que en la fiducia *cum creditore*, en la fiducia *cum amico*, la titularidad dominical suele figurar inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del fiduciario, lo que plantea la cuestión de la inscripción como presunción de posesión *ad usucapionem* ex artículo 35 LH. No obstante, ello no siempre es así. En la STS 14 julio 1994, el fiduciario nunca llegó a poseer la finca ni a inscribir su titularidad en el Registro de la Propiedad. Alegada por el fiduciario la usucapición ordinaria de inmuebles ex artículo 1957 CC, se desestimó por falta de posesión efectiva³⁷⁵.

marido, admite implícitamente que la fiducia *cum amico* puede rescindirse por fraude a los legitimarios.

³⁷³ Nos referimos a la ya citada STS 4 marzo 1955, en la que, mediante una compleja operación, una persona dedicada al corretaje inmobiliario pretendía percibir unos honorarios muy superiores a los que reglamentariamente le correspondían, y, a la par, eludir la prohibición de adquirir por compra que recae sobre los mandatarios ex artículo 1459-2.º CC. Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 424-425.

³⁷⁴ Si, en la fiducia *cum amico*, el fiduciario no es más que un mandatario, para poder ejecutar su encargo precisa de la tenencia material de la cosa. Cfr. SSTS 4 mayo 1950, 22 noviembre 1965, 16 mayo 1983, 24 marzo 1997 y 7 mayo y 23 julio 2007. Pueden verse también las SSTS 5 diciembre 1959 (madre que transmite a sus hijos con el fin de conservar el patrimonio unido y conseguir crédito, cultivando y explotando éstos las fincas), 28 diciembre 1973 (adquisición de acciones por una persona de un tercero, haciendo figurar a su hijo como adquirente, y poseyéndolas éste), 21 junio 1991, 5 marzo 2001, 31 octubre 2003. *Vid.*, también, SAP Madrid 14 octubre 2008 (AC 2008, 2077).

³⁷⁵ En otras ocasiones, el fiduciario no entra a poseer la cosa previamente transmitida por medio de escritura pública de compraventa, sino cuando en documento privado reconoce al fiduciante como auténtico propietario, comprometiéndose a retransmitirla, en cuyo momento se le concede un derecho de habitación sobre el inmueble (STS 18 marzo 1997). En la STS 21 junio 1991, el fiduciario no pasa a poseer materialmente la cosa sino cuando los terceros adquirentes trasladan su residencia, y en la STS 27 julio 1999, los fiduciarios no ocupan la vivienda hasta que no fallece el fiduciante.

La STS 21 junio 1991 abordó el siguiente caso: un solar pertenecía a dos hermanas en pro indiviso por cuotas iguales, vendiendo una de ellas su mitad a un matrimonio. En la parcela se construyó por cuenta de los copropietarios una edificación con dos viviendas separadas; por razones administrativas y para evitar la realización de un nuevo proyecto de construcción, aquélla de las hermanas que vendió su mitad de la parcela litigiosa a los terceros, otorgó escritura de compraventa de su participación en el pro indiviso en favor de la otra, si bien no medió precio. La finca aparecía registrada íntegramente a nombre de la hermana fiduciaria. El Tribunal Supremo, además de declarar que la posesión de la fiduciaria no fue en concepto de dueño y de buena fe, por lo que ahora nos ocupa, consideró que la prueba practicada destruía «la ficción de posesión que se deriva del otorgamiento de la escritura pública de 16 de junio de 1969 y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad».

2.2.2 Posesión de buena fe

Doctrina y jurisprudencia niegan al unísono que la posesión del fiduciario, en la fiducia *cum amico*, sea de buena fe, ya que conoce la verdadera situación en que se encuentra la propiedad. En un caso de mandato para adquirir *proprio nomine*, la STS 16 mayo 1983 declaró que no actúa de buena fe el fiduciario desleal: «ni es poseedor de buena fe, como estado de conocimiento de la propia situación –art. 433 y S. de 26 noviembre 1970–, el mandatario que dice haber procedido en perjuicio de sus mandantes»³⁷⁶.

En un supuesto en el que una persona ostentaba sobre la mitad de una finca una titularidad real, y sobre la otra mitad una titularidad sólo fiduciaria, la STS 21 junio 1991 desestima la usucapión porque, entre otras razones, la posesión de la fiduciaria no fue de buena fe «al conocer D^a. Francisca la verdadera situación de la propiedad y la realización de obras de construcción por cuenta de ambas partes litigantes en concepto de condueños proindiviso y por mitad»³⁷⁷.

³⁷⁶ Como bien dice JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., p. 1448, el «mandatario-fiduciario conoce perfectamente su propia situación: recibió el encargo de adquirir como “interpósito” o persona interpuesta gracias a la confianza en él depositada (...). Y el mandatario que no entrega y retiene sin justa causa lo que debe restituir no está, evidentemente, poseyendo de buena fe en un sentido ético-psicológico».

³⁷⁷ En la STS 27 julio 1999, aunque la heredera del fiduciante alegó que la posesión de los fiduciarios era de mala fe, pues no ignoraban que el inmueble había sido realmente adquirido y pagado por el fiduciante, que había utilizado a los fiduciarios como simples personas interpuestas para adquirir de un tercero, el Tribunal Supremo rechazó la usucapión por falta de justo título.

Con carácter general, se ha afirmado que «el fiduciario que ha recibido la titularidad fiduciaria del bien, carece de buena fe (...) pues conoce que su adquisición es fiduciaria, y que no es el propietario de la cosa recibida»³⁷⁸.

Como señala Jordano Barea, el pacto fiduciario, cuya existencia no puede ignorar el fiduciario, le coloca automáticamente en situación de mala fe ante cualquier eventual incumplimiento del mismo³⁷⁹. A nuestro juicio, la vía más correcta para negar que la posesión del fiduciario sea de buena fe consiste en poner de manifiesto que la fiducia *cum amico* implica simulación relativa, por lo que el supuesto adquirente, por su intervención en el contrato simulado, no puede reputarse poseedor de buena fe; el pacto fiduciario, en tanto que mero acuerdo simulatorio, supone el conocimiento de la ficción por las partes y determina la mala fe del fiduciario³⁸⁰.

Si el fiduciario figurase como titular registral, la presunción de que su posesión es de buena fe (art. 35 LH) se puede desvirtuar mediante prueba en contrario³⁸¹.

2.2.3 Posesión en concepto de dueño

El argumento más utilizado por la jurisprudencia para denegar al fiduciario la posibilidad de usucapir en forma ordinaria es, en la fiducia *cum amico*, al igual que sucedía en la fiducia *cum creditore*, la falta de posesión en concepto de dueño. En la fiducia *cum amico*, la situación fiduciaria se crea en interés del fiduciante, a efectos de mandato, aunque también a efectos de depósito, gestión, o como interposición –ficticia– de persona³⁸². Lo más habitual es que la situación fiduciaria se realice a efectos de mandato³⁸³; en consecuencia, la jurisprudencia declara que en virtud del contrato subyacente de mandato, el fiduciario no posee para sí, no posee en concepto de dueño, y, por tanto, no puede usucapir³⁸⁴.

³⁷⁸ SANCÍÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 224.

³⁷⁹ JORDANO BAREA, «Mandato...», *cit.*, p. 1448.

³⁸⁰ Las SSTs 6 mayo 1961 y 20 noviembre 1964, en casos de simulación relativa, negaron que la posesión del usucapiente fuera de buena fe. Conviene no dejar de tener presente que la jurisprudencia ha declarado que la relación entre las partes que otorgan el negocio fiduciario no puede basarse en la situación aparentemente creada, sino en la efectivamente concluida (STS 19 mayo 1989).

³⁸¹ STS 21 junio 1991.

³⁸² DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 408 y 441.

³⁸³ Cfr., entre otras, SSTs 4 mayo 1950, 3 junio 1953, 22 diciembre 1955, 5 diciembre 1959, 19 diciembre 1963, 22 noviembre 1965, 16 mayo 1983, 9 octubre 1987, 24 marzo 1997 y 7 mayo y 23 julio 2007.

³⁸⁴ STS 3 junio 1953: A, recién emancipado por su padre B, compra varias fincas, reconociendo en documento privado haber recibido el dinero de la compra de B, y obligándose a reconocer en documento público que las fincas pertenecen a B. Fallecido éste, otro

En un caso de interposición de persona para adquirir determinados bienes muebles (acciones) de un tercero, la STS 28 diciembre 1973, partiendo de la tesis de la transmisión formal de la propiedad³⁸⁵, ante la alegación de los arts. 464 y 1955 CC, declaró que «la posesión del fiduciario no le puede servir de título para la usucapión», es decir, se desestima la usucapión porque el fiduciario fue simple tenedor material de los títulos-valores, no poseedor en concepto de dueño³⁸⁶.

La STS 21 junio 1991 niega la usucapión abreviada a la fiduciaria que, por razones administrativas (evitar la realización de un nuevo proyecto de construcción), había comprado fiduciariamente la mitad de un bien del que ya era propietaria en su otra mitad, argumentando que no se da la posesión *ad usucapionem*, pues la fiduciaria «nunca poseyó la parcela litigiosa en concepto de propietaria única y exclusiva».

El Alto Tribunal también desestima la usucapión ordinaria por falta de posesión en concepto de dueño en la STS 5 marzo 2001. Se trataba de una compraventa realizada por dos socios conjuntamente, en la que se convino que sólo figurase como adquirente en escritura pública uno de ellos, a cuyo nombre se inscribieron las fincas. Fallecido el socio-fiduciante, el socio-fiduciario otorgó un docu-

hijo pretende el cumplimiento del pacto fiduciario. A pesar de que A estuvo poseyendo las fincas más de veinte años con título inscrito, no se aprecia la usucapión, pues A actuó en nombre propio pero por cuenta o encargo de su padre, por lo que poseyó como mandatario, y no en concepto de dueño; STS 19 diciembre 1963: el arrendatario de un caserío, al saber que lo venden, hace que lo adquiera su hijo, pero con dinero de los padres, reconociendo en documento privado que los padres son los auténticos dueños. El Tribunal Supremo declaró que el hijo «no lo poseyó nunca para sí aunque lo detente»; la STS 22 noviembre 1965 considera que, si bien el demandado adquirió varias fincas (para él, su madre y hermanos) en nombre propio, «lo realizó, sin embargo, en interés y por cuenta y encargo de su madre y de sus hermanos como mandatario de ellos, con cuya cualidad de mandatario adquirió su posesión, la cual adquirieron también sus mandantes al tiempo de ser adquiridas» (sobre las sentencias citadas, cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 426-427); STS 16 mayo 1983: el mandatario-fiduciario que adquiere una cosa, en parte para sí, y en parte por encargo de sus mandantes, no «puede arrogarse la indispensable posesión en concepto de dueño» pues «tiene su título legitimador en el mandato». Respecto de esta sentencia, JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., pp. 1448, afirma que «el mandatario o fiduciario encargado de adquirir una cosa por cuenta de su mandante la posee, no en concepto de dueño, sino en el de “tenedor de la cosa para conservarla perteneciendo el dominio a otra persona” (art. 432 C.c.), posee una cosa ajena como mero tenedor para retenerla durante cierto tiempo en concepto de mandatario o fiduciario (cfr. artículo 463 C.c.); su situación es análoga a la del depositario».

³⁸⁵ Esta sentencia habla de «negocio fiduciario “cum amico”, o mejor, “cum Filio”, por virtud del cual entre padre e hijo se convino que los títulos valores que aquél ordenaba comprar y había de pagar con su dinero, se pusieran a nombre de dicho hijo, que no pasaría de ser el titular aparente de los mismos». Según el Alto Tribunal, «la transmisión fiduciaria, se realiza con determinados fines, y hace propietario aparente al hijo, respecto a todos, menos con relación al padre, el cual frente a su hijo, continúa siendo propietario real; o sea que la propiedad formal externa, se atribuye al fiduciario, pero la propiedad material, o verdad interna entre él y el fiduciante, continúa siendo propia de éste».

³⁸⁶ Cfr. DURÁN RIVACOBA, *La propiedad...*, cit., pp. 176-177.

mento en el que reconocía un porcentaje en la titularidad de los bienes a los causahabientes del fiduciante. Tras el fallecimiento del fiduciario, sus herederos pretenden haber usucapido en forma ordinaria, lo que se desestima, pues «no puede el poseedor consumir la usucapición en casos como el del fiduciario, que no posee en concepto de dueño (entre otras, STS de 10 de noviembre de 1958), lo que también afecta a sus herederos en virtud de lo dispuesto en los artículos 436 y 661 del Código Civil»³⁸⁷. Conviene destacar que en estas dos últimas sentencias, el Tribunal Supremo, bien no se decanta por ninguna de las teorías acerca del negocio fiduciario (STS 21 junio 1991), bien procede con gran eclecticismo a la hora de definir el negocio fiduciario, con el fin de evitar incurrir en la teoría del doble efecto y en toda idea de traspaso dominical (STS 5 marzo 2001).

III. NEGOCIOS FIDUCIARIOS Y USUCAPIÓN EXTRAORDINARIA

A diferencia de la usucapición ordinaria, que ha sido invocada con relativa frecuencia por el fiduciario contra el fiduciante, tanto en la fiducia *cum creditore*, como en la fiducia *cum amico*, la alegación de la usucapición extraordinaria en caso de fiducia, cualquiera que sea su especie, es muy rara en la praxis jurisprudencial, lo que quizá se pueda explicar por el hecho de que al tener, en la generalidad de los casos, el fiduciario inscrito el bien a su nombre, se alegue con preferencia la prescripción ordinaria *ex* artículo 35 LH.

En las pocas ocasiones en las que el Tribunal Supremo ha tenido que ocuparse de la usucapición extraordinaria en la fiducia, su forma de proceder ha sido siempre la misma: ante la alegación, en la relación *inter partes*, tanto del fiduciario frente al fiduciante, como, incluso, de éste frente a aquél, de haber adquirido por usucapición la *res fiduciae*, se desestima por falta de la imprescindible posesión en concepto de dueño. Este proceder no nos parece inco-

³⁸⁷ Aunque el fiduciario figuraba inscrito como titular registral, lo que, pese al silencio del artículo 35 LH, determina la presunción de que posee en concepto de dueño, el Tribunal Supremo entiende que la inscripción registral sólo tiene el valor de presunción *iuris tantum*, neutralizable por prueba en contrario. Cfr., en el mismo sentido, SSTS 26 noviembre 1970 y 31 octubre 2003. En la jurisprudencia menor, la SAP Madrid 14 octubre 2008 (AC 2008, 2077) niega la usucapición abreviada en la fiducia *cum amico* sobre la base de que el negocio fiduciario, radicalmente nulo, no es justo título, lo que a su vez determina que la posesión del fiduciario no sea en concepto de dueño. La doctrina conviene con la jurisprudencia en negar al fiduciario la posesión en concepto de dueño. Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 426-428 y 434-437; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 224-225.

recto, ya que la usucapición extraordinaria, a diferencia de la ordinaria, opera no sólo frente al tercero *verus dominus*, sino también *inter partes*, convalidando cualquier tipo de defecto, ya sea la falta de titularidad o poder de disposición del *tradens*, ya sean los vicios de que pueda adolecer el título o contrato³⁸⁸.

En la fiducia *cum creditore*, el fiduciante ha llegado a invocar la usucapición extraordinaria frente al fiduciario como vía para, de manera desleal, intentar recuperar la cosa transmitida, sin abonar el crédito así garantizado. En este sentido, la SAP Alicante 13 julio 2007 (*JUR* 2008, 236948) desestima la usucapición extraordinaria pretendida por el heredero del fiduciante frente al fiduciario³⁸⁹.

Con relación al caso resuelto por la STS 17 septiembre 2003, en el que el Tribunal Supremo rechazó que el fiduciante pudiese alegar contra el fiduciario la usucapición, operante frente a terceros³⁹⁰, se ha señalado que «suponiendo indemostrada la realidad de la fiducia, cosa que fácilmente se puede producir por las dificultades de sacar a la luz lo que se planeó como oculto, nos parece claro que el sedicente propietario podría justificar su derecho mediante la usucapición»³⁹¹.

En la fiducia *cum amico*, sólo conocemos dos ocasiones en las que se haya planteado ante los Tribunales la usucapición extraordinaria. Por un lado, la STS 9 junio 1988: una señora adquirió mediante escritura pública determinados bienes inmuebles; la adquisición se efectuó a su nombre, pero actuando como apoderado otra persona. El apoderado alegó un supuesto pacto fiduciario en su favor, alegación que fue rechazada por falta de acreditación del imaginario *pactum fiduciae*. No probada la existencia de transmisión fiduciaria alguna, el Tribunal Supremo desestima la pretensión del recurrente de haber usucapido en forma extraordinaria, ya que su posesión no fue a título de dueño, sino en concepto de admi-

³⁸⁸ La doctrina señala que la usucapición extraordinaria subsana cualquier tipo de defecto, sea del título o de la titularidad, y que opera no sólo frente a terceros, sino también en la relación *inter partes*. Cfr. ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pp. 254 y 324-325; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 463, nota 5, 465, 467, 472 y 493-494; RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», cit., pp. 1090-1091; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», cit., pp. 557, 604 y 663.

³⁸⁹ En realidad, la sentencia citada no da por acreditada la existencia del pacto fiduciario, sino que se trataba de una compraventa corriente, no fiduciaria, en la que el vendedor conservó la posesión como mero precarista, sin actuar en momento alguno en concepto de dueño.

³⁹⁰ «Porque el fiduciante –dice el Alto Tribunal– es el verdadero propietario frente al fiduciario, no necesita del mecanismo de la prescripción para volver a adquirir formalmente la titularidad que enajenó, sólo puede exigir del fiduciario que le retransmita aquélla. Por tanto, si no hay adquisición por prescripción, nada puede oponerse a terceros. En fin, la prescripción defiende al propietario contra la actividad dominical de un tercero o del mismo fiduciario, que se arrojan la propiedad, pero en este pleito nada de esto ha sucedido».

³⁹¹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, *op. cit.*, p. 330.

nistrador de las fincas. Por otro, la STS 16 noviembre 1999: una madre utilizó a su hijo como persona interpuesta para adquirir a través de él bienes de un tercero. Adquiridas las fincas en escritura pública a nombre del hijo, éste reconoció en documento privado a su madre como la auténtica compradora y titular dominical. Fallecido el hijo, sus herederos (viuda e hija), continuadores de la posesión iniciada por su causante (art. 1960.1.º CC), alegan la usucapión extraordinaria, pretensión que rechaza el Tribunal Supremo con base en que tanto la posesión del causante como la de sus sucesores ha de ser apta para usucapir por reunir los requisitos necesarios para ello, y, ni la del causante, ni la de los herederos, es a título de dueño. No tenemos nada que objetar a que la posesión del fiduciario no era en concepto de dueño, pues se ejercía con arreglo a la verdadera voluntad manifestada en el pacto fiduciario. En cambio, es más dudoso que los sucesores del fiduciario no poseyeran en concepto de dueño, ya que podían perfectamente desconocer la existencia del pacto fiduciario; de hecho, el propio Tribunal Supremo reconoce que dichos sucesores son poseedores de buena fe desde la fecha de la muerte de su causante, no sufriendo las consecuencias de la posesión viciosa de su causante en virtud del artículo 442 CC. En realidad, el Tribunal Supremo parece desestimar la usucapión extraordinaria más que por la falta de posesión en concepto de dueño de los sucesores del fiduciario, por el corto e insuficiente lapso de tiempo posesorio transcurrido.

Una última cuestión. Configurada la fiducia, en cualquiera de sus especies, como un supuesto de simulación relativa, es claro que el título simulado no puede tener ninguna repercusión en la usucapión extraordinaria, pero se debe analizar si el título disimulado puede ejercer alguna influencia en ella, bien entendido que en la usucapión extraordinaria no se precisa título alguno, sino sólo posesión (pública, pacífica, no interrumpida y en concepto de dueño) durante el tiempo fijado por la Ley. En la simulación relativa, el *animus* con que se ejerce la posesión que la subsigue se corresponde con el que resulta del título disimulado³⁹², por lo que, si éste fuese traslativo del dominio, la posesión se ejercería en concepto de dueño y sería apta *ad usucapionem*. Mas, en la fiducia *cum creditore* o *cum amico*, el negocio o título disimulado (negocio de garantía o mandato para administrar) no tiene carácter traslativo del dominio, por lo que no configura la posesión recibida como en concepto de dueño, no pudiendo el fiduciario usucapir si no intervierte su concepto posesorio.

³⁹² MORALES MORENO, *Posesión...*, cit., pp. 100 y 146; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», cit., p. 587.

CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

Participan en esta crónica:

Miriam Anderson, Francisco J. Andrés Santos, Beatriz Añoveros Terradas, Lidia Arnau Raventós, Esther Arroyo i Amayuelas, Lorenzo Bairati, Guillem Cano Palomares, Andrés Miguel Cosialls Ubach, Martin Ebers, Cristina González Beilfuss, Beatriz Gregoraci Fernández, César Hornero Méndez, Alejandra de Lama Aymà, Chantal Moll de Alba Lacuve, Jordi Nieva Fenoll, Barbara Pasa, Javier Pou de Avilés Sans, Héctor Simón Moreno, Belén Trigo García.

SUMARIO: Presentación.–EDITORIAL: «La facultad de suspender el propio cumplimiento: una propuesta de construcción desde el Derecho español y el CESL» (Lidia Arnau Raventós).–**RAPPORTS NACIONALES DE DERECHO PRIVADO EUROPEO Y COMPARADO:** Alemania, Austria y Suiza (Martin Ebers), España (Miriam Anderson), Italia (Lorenzo Bairati, Barbara Pasa).–**SECCIÓN TEMÁTICA:** I. Espacio Judicial europeo (Beatriz Añoveros Terradas). II. Derecho de obligaciones y contratos en la Unión Europea (Esther Arroyo i Amayuelas). III. Derechos reales en la Unión Europea (Héctor Simón Moreno). IV. Derecho de familia en la Unión Europea (Cristina González Beilfuss). V. Derecho antidiscriminación en la Unión Europea (Alejandra de Lama Aymà). VI. Derecho de autor en la Unión Europea (Javier Pou de Avilés Sans). VII. Derecho de responsabilidad (Belén Trigo García).–**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS** (Guillem Cano Palomares).–**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA** (Lidia Arnau Raventós).–**JURISPRUDENCIA NACIONAL** (Miriam Anderson).–**LIBROS SOBRE DERECHO PRIVADO EUROPEO: REVISIONES.**–Vaquer Aloy, A. - Bosch Capdevila, E. - Sánchez González, M.^a P. (coords.): *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia. Tomos I y II*, Atelier, Barcelona, 2012 (Beatriz Gregoraci Fernández).–Bosch Capdevila, E. (dir.): *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, Bosch, Barcelona, 2012 (Andrés Miguel Cosialls Ubach).–Baldus, C. - Finkenauer, T. - Rübner, T. (eds.): *Bologna und das Rechtsstudium. Fortschritte und Rückschritte der europäischen Juristenausbildung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011 (Francisco J. Andrés Santos).–Backhaus, J. G. - Cassone, A. - Ramello, G. B.: *The Law and Economics of Class Actions in Europe. Lessons from America*, Cheltenham (R.U.) - Northampton (EEUU), Edward Elgar Publishing, 2012 (Jordi Nieva Fenoll).–Serrano Fernández, M.: *Las reglas de interpretación de los contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 (César Hornero Méndez).–**VIDA JURÍDICA. RESEÑA DE CONGRESOS EN MATERIA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO.**–Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung zum Entwurf eines «Common European Sales Law» (CESL), Friedrich-Wilhelms-Universität de Bonn, 21 y 22 de abril de 2012 (Francisco J. Andrés Santos).–Pragmatic issues in legal translation: from different language versions of the DCFR to the CESL Proposal, Universidad de Torino, 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2012 (Chantal Moll de Alba Lacuve).

Presentación

Esta 18.^a crónica se cierra el 15 de junio de 2013. La fuentes de información proceden, esencialmente, de las páginas web de la Comisión Europea, el TJUE, el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo, el Diario Oficial de la Unión Europea, el Boletín Oficial del Estado, el Centro de Documentación Europea de la Universidad de Alicante, sin perjuicio de otras consultas esporádicas al Centro Europeo de Derecho del consumo, el Boletín de la *Bundesverband der Deutschen Industrie*, del *Bulletin Droit de la Consommation* (MEDEF), el *Centre Européen des Consommateurs Allemagne-Kehl*, entre otros.

La crónica está coordinada por los Prof. Antonio Manuel Morales Moreno (Universidad Autónoma de Madrid) y Esther Arroyo i Amayuelas (Universidad de Barcelona).

La facultad de suspender el propio cumplimiento: una propuesta de construcción desde el derecho español y el CESL

LÍDIA ARNAU RAVENTÓS*

I. LA SUSPENSIÓN DEL PROPIO CUMPLIMIENTO: SU PRESENTACIÓN EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *RELATIVO A UNA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA*

Los artículos 106.1 b y 131.1 b de la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo, *relativo a una normativa común de compraventa europea* (COM [2011] 635 final; en adelante, CESL) contemplan, a propósito de los remedios de comprador y vendedor respectivamente, el de «dejar en suspenso el cumplimiento de sus propias obligaciones» para el caso de incumplimiento de la contraparte¹. Tal facultad aparece desarrollada

* Profesora Agregada de Derecho civil (Universidad de Barcelona). Este comentario se integra en los trabajos del Grupo Consolidado 2009 SGR 221 y del Proyecto de Investigación DER 2008-03992/JURI, cuyo investigador principal es el Prof. Ferran Badosa Coll.

¹ Véase, anticipando la función de modelo de codificación que está llamado a cumplir el CESL, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, «Hacia un derecho común europeo de la compraventa», en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dir.) - ARROYO AMAYUELAS, Esther (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, p. 60. Esta función es la acometida a propósito del Borrador del Anteproyecto de ley de la Primera Ley del Libro Sexto del Código civil de Cataluña, que aparece indudablemente inspirada en aquel texto. Los artículos 621-40.1 b) y 621-43 contemplan la facultad de comprador de suspender el pago del precio y los artículos 621-47, 1 b) y 621-48 hacen lo propio respecto del vendedor. Por su parte, la facultad de suspender la ejecución de la prestación debida por el acreedor insatisfecho se recoge también en el artículo 1191 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos (*BIMJ*, 2009; en adelante, PMOC). El artículo 63.3 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la Parte General sobre los Contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad (véase en *BIMJ*, 2006), concede la misma facultad en determinados supuestos de incumplimiento (en general, a propósito de ambos textos, FENOY PICÓN, Nieves, «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato. Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios por incumplimiento», *ADC*, núm. LXIV-IV, 2011, pp. 1570 a 1574; en relación sólo a la

en los artículos 113 y 133. En lo esencial, tales preceptos resultan coincidentes. Por lo demás, el derecho a «dejar en suspenso el cumplimiento» reconocido al comprador resulta aludido también en el artículo 106.2 y, fuere quien fuere el acreedor legitimado para pretenderlo, en el artículo 185. El primero, aplicable sólo en caso de comprador-comerciante, proclama la regla general en cuya virtud los remedios que le asisten en caso de incumplimiento del vendedor están sujetos al régimen de subsanación previsto en el artículo 109. Escapa de este régimen, precisamente, la facultad de suspender el cumplimiento de las obligaciones propias, que será posible ejercerlo «*mientras se encuentre pendiente la subsanación*» (art. 109.6; en parecidos términos, véase artículo 111.2 *in fine*). Por su parte, el artículo 185 atiende a los efectos de la prescripción que, desde la perspectiva del acreedor, se concretan esencialmente en la pérdida de los remedios por incumplimiento. Y ello afecta a todos los previstos en los artículos 106.1 b y 131.1 b, salvo el de «dejar en suspenso el cumplimiento».

Esta expresa incorporación al texto de la Propuesta de la facultad reconocida al acreedor insatisfecho de suspender la ejecución de sus propias obligaciones sugiere: en primer lugar, y trascendiendo de aquel texto, ensayar algunos apuntes generales acerca de su naturaleza jurídica; en segundo lugar, concretar cómo aparece formulada, ahora sí, en el proyecto europeo.

II. LA SUSPENSIÓN DEL PROPIO CUMPLIMIENTO: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO ESPAÑOL

La facultad de suspender el cumplimiento es un instrumento dispensado al acreedor, que incide sobre su propia obligación y que lo hace, además, provocando su inexigibilidad. En una formulación general y teórica, no tiene por qué aparecer siempre y necesariamente como un mecanismo reactivo frente a la pretensión de cumplimiento instada por la contraparte². Sí obedece, en cambio, a una finalidad defensiva la *exceptio non adimpleti contractus*. Cuestión distinta es si su alegación constituye la forma más habitual y generalizada de articular el derecho o facultad de suspender el propio cumplimiento que aquí quiere tratarse³.

PMOC, GÓMEZ CALLE, Esther, «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *ADC*, núm. LXV-I, 2012, pp. 48 a 50).

² A falta de una disposición concreta en derecho español que, en términos generales, prevea en qué casos y circunstancias puede un acreedor suspender el cumplimiento de sus obligaciones (del mismo modo que hace el art. 1124 CC a propósito de la facultad de resolver o los arts. 106.1b y 131.1b CESL en relación a la suspensión por incumplimiento), con este comentario se aspira sólo a aportar algunos apuntes generales acerca de tal facultad, forzosamente teóricos.

³ No puede desconocerse sin embargo que los esfuerzos doctrinales se han volcado principalmente en justificar la admisión en el derecho español de la *exceptio* más que en abordar, sin más, la facultad de suspender el propio cumplimiento. Véase, coligiéndola del artículo 1100 *in fine* CC, PÉREZ Y ALGUER (en sus Anotaciones a ENNECERUS, L.; KIPP, T.; WOLF, M., *Tratado de Derecho civil*. Derecho de Obligaciones, v.I, 1950, p. 168; desvinculando los requisitos para colocar en situación de mora al deudor de la facultad de oponer la *exceptio*, ESPIN CANOVAS, D., «La excepción de incumplimiento contractual», *ADC*, tomo XVII, Fasc. III, 1964, p. 571; acude al principio general de equidad y al de buena fe (art. 1258 CC), CRUZ MORENO, M., *La exceptio non adimpleti contractus*, Tirant

1. La suspensión como remedio doblemente obligacional

En una aproximación preliminar se diría que la suspensión reviste naturaleza obligacional por un doble motivo: así, por razón de aquello que se suspende y, en segundo lugar, por causa del presupuesto que permite suspender. Una y otra circunstancia sólo pueden concurrir si aquél que hace uso de tal facultad y aquél frente a quien se ejercita son, cada uno y a la vez, deudor y acreedor del otro.

La suspensión se proyecta sobre la obligación del acreedor que la insta. Desde esta perspectiva, se diría:

I. Que, en tanto que remedio obligacional, no se ve afectado ni el contrato ni la relación jurídica que genera. Aparece, pues, junto al cumplimiento, como un remedio obligacional, y se aleja por la misma razón de la resolución por incumplimiento que, atendida su naturaleza contractual, se proyecta sobre el contrato extinguiéndolo. Esta configuración explicaría, por ejemplo, que más allá de la obligación suspendida, el contrato y sus restantes efectos sigan rigiendo y produciéndose para ambas partes; así, teóricamente, quien suspende sigue teniendo a su alcance los restantes remedios por incumplimiento⁴, y aquél frente a quien se suspendió podría también, en su caso, instar el cumplimiento de otras obligaciones no afectadas por la suspensión o, en el supuesto de suspensión parcial (arg. *ex art.* 113.3 y 133.3 CESL), reclamar el cumplimiento de la parte exigible.

II. Que al incidir sobre la obligación de quien suspende, tampoco se ve afectada la ajena, que es la que de algún modo se ha incumplido (o, como se verá, amenaza incumplimiento) y sobre la que, en línea de principios, podrían proyectarse otras pretensiones. Esta disparidad de objetos avalaría la posibilidad de acumular la suspensión con el ejercicio de cualquiera de estas últimas. En cualquier caso, toda vez que la situación que legitima aquella suspensión se predica de la obligación ajena, su desaparición determinará que decaiga también el efecto suspensivo: así, por ejemplo, porque habiéndose al fin satisfecho el interés de quién suspendió, desaparece entonces el presupuesto de la suspensión y la obligación a su cargo deviene entonces exigible. Y se dirá lo mismo si, habiéndose instado la resolución del contrato (obviamente, en caso de que ello fuera posible), se extinguen las obligaciones resultantes, de forma que la facultad de suspender desaparece sobrevenidamente por desaparición de su objeto.

De lo anterior se desprende, en cualquier caso, que la facultad de suspender exige reciprocidad en las posiciones acreedora y deudora; sólo así cabe que quien, como acreedor, constata una falta o posible falta de cumplimiento ajeno pueda, en tanto que deudor, suspender el cumplimiento de su propia obligación. Por lo demás, la antedicha naturaleza sólo obligacional y no con-

lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 41 y ss. La autora deriva de tales preceptos, así como del artículo 110CC *in fine*, el principio de cumplimiento simultáneo del que considera aplicaciones concretas los artículos 1467, 1500 (2.º párr.) y 1308 CC; insiste en la buena fe, MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., «Distinción entre tipos de incumplimiento contractual. Presupuestos y efectos de la *exceptio non adimpleti contractus*. Comentario a la STS de 18 de abril de 2012», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 29, 2012, pp. 429 y ss.

⁴ La reflexión, sin embargo, parte de una petición de principio, a saber: que la suspensión que aquí se trata obedece a una situación de incumplimiento de la otra parte que, en su caso, permitiría también activar otros remedios (sobre ello, véase *infra* 2.2).

tractual del mecanismo avala la extensión del remedio a supuestos de reciprocidad legal o liquidatoria⁵.

2. Del efecto... a la causa: desde la inexigibilidad de la obligación propia... a las circunstancias que legitiman la suspensión

Más allá de la configuración propuesta de la facultad de suspender el propio cumplimiento como remedio obligacional, abordar con mayor detalle la cuestión de su presupuesto y su ámbito de aplicación exige tratar antes de la naturaleza del efecto suspensivo.

2.1 EL EFECTO SUSPENSIVO

Ya se ha avanzado que se describe en términos de inexigibilidad de la obligación (*rectius*: de la deuda) del acreedor que suspende. Este planteamiento en términos de alteración del grado de efectividad de la obligación sugiere algunas cuestiones previas y tiene otras tantas consecuencias. En cuanto a lo primero, interesa incidir en que aquella inexigibilidad presupone, sin afectarla, la existencia de la obligación y su exigibilidad, sobre la que sí pretende influirse. Desde otra perspectiva, se configura sólo como beneficio del acreedor insatisfecho.

I. La suspensión no implica desaparición o extinción de la obligación suspendida⁶. De ello resulta que en caso de satisfacerse no habrá pago de lo indebido y ni cabrá, en consecuencia, acción de repetición.

II. El que la inexigibilidad sea una situación jurídica dispuesta en beneficio y favor de quien la insta facilitará la hipótesis anterior. Y ello porque quien suspende puede paralizar por esta causa la reclamación de cumplimiento que en su caso se interponga frente a él, pero puede no hacerlo y ejecutar lo debido pese a aquella inexigibilidad, compeliendo incluso a su acreedor a recibir el pago o cumplimiento⁷. Es más: en tanto la conducta llevada a cabo infrinja de algún modo su deber de prestación, la situación culminará con el incumplimiento de quien, suspendiendo primero, acabó prescindiendo de la inexigibilidad que él mismo había provocado.

2.2 LA SUSPENSIÓN DE OBLIGACIONES EXIGIBLES: EL ACREEDOR QUE DEBE CUMPLIR ANTES.

Si se trata, ciertamente, de una causa de alteración del grado de efectividad de la obligación, la inexigibilidad por causa de suspensión sólo cobra sentido en tanto se proyecte sobre una obligación exigible. Y ello porque suspender una obligación aún inexigible por causa distinta a la que legitima la suspensión (así, por estar sujeta a un plazo aún no vencido o a una condición aún no cumplida) no reportará, en principio, beneficio alguno⁸. En el

⁵ Para esta expresión, véase BADOSA COLL, Ferran, *Dret d'obligacions*, Barçanova, Barcelona, 1990, p. 165.

⁶ El tenor literal del artículo 1467 CC aparece, en este sentido, poco preciso («*Tampoco tendrá obligación el vendedor de entregar la cosa vendida*»).

⁷ Acerca de la falta de simetría entre las situaciones de ejercitabilidad de crédito y deuda, véase BADOSA COLL, *Dret d'obligacions...*, cit, p. 102.

⁸ Aunque, teóricamente, quizás cabría una suerte de suspensión con efecto diferido al momento de vencer el plazo o cumplirse la condición que evitaría, precisamente, la exigibilidad alcanzada por una u otra causa.

contexto de obligaciones recíprocas, tiene interés abordar la cuestión partiendo de su exigibilidad según sean puras o no.

a) En caso de que ambos obligados deban cumplir al mismo tiempo, la cuestión estriba en determinar cómo incide el llamado sinalagma funcional en la exigibilidad de una y otra: a saber, en tanto ninguno de los obligados cumpla o esté dispuesto a cumplir, ¿tales obligaciones son inexigibles (a modo de una inexigibilidad institucional derivada del principio de cumplimiento simultáneo) o, por el contrario, son exigibles con y desde la perfección del contrato (art. 1113 CC), pero con derecho, cada una de las partes, a suspender la exigibilidad de su propia obligación mientras la contraria no cumpla o esté dispuesta a cumplir? De admitirse, como aquí se hace, la primera de las opciones, resultará que en tanto no se produzca aquel cumplimiento (o aquella disposición al cumplimiento), ninguna de las partes tendrá necesidad de suspender la exigibilidad de su obligación, toda vez que *ya resulta legalmente inexigible* por causa de su relación de reciprocidad con otra que aún no ha sido cumplida⁹⁻¹⁰. En este contexto, la reclamación que pudiera entablar, judicial o extrajudicialmente, uno de los obligados frente al otro podría paralizarse, por el demandado, mediante la *exceptio non adimpleti contractus*, cuya virtualidad no sería la suspender *ex novo* nada, sino la de oponer a la pretensión de cumplimiento el carácter inexigible *ab initio* de la deuda que se reclama¹¹. Con todo, y en tanto que tal inexigibilidad se dispone en beneficio de cada una de las partes mientras no se da cumplimiento a la obligación recíproca, será decisión de la demandada oponer o no la *exceptio*. La consecuencia será, a falta de alegación, que no cabe apreciar aquella inexigibilidad de oficio. En este contexto, el ejercicio por cualquiera de los obligados de un supuesto derecho a suspender su obligación llevado a cabo al margen de toda reclamación sólo tendrá el valor de una declaración de voluntad con alcance meramente declarativo¹². Todo ello repercute, por ejemplo, en materia de prescripción¹³.

⁹ Se cree que es éste el sentido de los artículos 1466 («*El vendedor no estará obligado a entregar la cosa, si el comprador no le ha pagado el precio...*») y, mucho más cercano a la idea de inexigibilidad, 1308 CC («*Mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello (...) a qué esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumbe*») (a propósito del art. 1466 y de la obligación del vendedor en caso de falta de pago del precio, afirma MANRESA Y NAVARRO (*Comentario al Código civil español*, Tomo X, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950, p. 166) que: «(...) faltando la causa, la obligación no existe o por lo menos queda en suspenso»).

¹⁰ Aquella inexigibilidad institucional no puede descartarse mediante condición general en perjuicio de quien contrata en calidad de consumidor (art. 87.1 RDL 1/2007, de 16 de noviembre, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios)

¹¹ Casa perfectamente con dicha configuración la afirmación jurisprudencial en cuya virtud la *exceptio*, a diferencia de la resolución, «*no supone modificación de la relación obligatoria*» (con cita de resoluciones anteriores, véase STS 18 de abril de 2012 [cit.]).

¹² Identifica, como presupuesto material de la *exceptio*, un «*derecho subjetivo privado (...) de negarse a cumplir transitoriamente*», ORTIZ VALLEJO, A., *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Dir. 1999/44/CE*, Comares, Granada, 2002, p. 191 y 192.

¹³ Así: presupuesto que un requisito a fin de que transcurran los plazos de prescripción de los créditos recíprocos es que las deudas sean exigibles (dado que, en otro caso, difícilmente será «*ejercitable*» la acción; art. 1969 CC), se sugiere el siguiente caso: estando A y B obligados recíprocamente, ninguno de ellos cumple ni está dispuesto a cumplir. Transcurridos quince años (arg. *ex art.* 1964 CC; o los que fueren atendida la naturaleza de las obligaciones), A reclama a B el cumplimiento. Resulta incontestable que el demandado

¿*Quid* si una de las partes cumple pero defectuosamente? Pese a la inexigibilidad provocada por la falta de cumplimiento de contrario, cualquiera de los obligados recíprocamente puede optar por ejecutar la conducta debida, siendo así que es posible que con ocasión de tal ejecución se vulnere en algún modo o intensidad el deber de prestación. Esta situación de cumplimiento defectuoso determinará también, y por sí misma, la inexigibilidad de la obligación recíproca; de este modo, si quien aparece en ella como deudor fuera reclamado de cumplimiento podrá oponer, con alcance declarativo, la *exceptio non adimpleti contractus* o, en su caso, la *exceptio non rite adimpleti contractus*. Desde esta perspectiva, la inexigibilidad es graduable como graduable puede llegar a ser la situación de cumplimiento o incumplimiento¹⁴.

b) En caso de que uno de los obligados deba cumplir después del otro, el razonamiento no distaría del anterior. Así, la exigibilidad de la obligación que debe cumplirse en último término no depende sólo del vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición que se hubieren pactado sino, además, del cumplimiento de la obligación que deba ejecutarse en primer lugar. A falta de esto último, no cabe exigir el cumplimiento a quien debe cumplir después.

c) En caso de que uno de los obligados deba cumplir antes que el otro, la exigibilidad de su obligación no puede quedar lógicamente supeditada al cumplimiento (o disposición a cumplir) de la obligación recíproca que debe ejecutarse después. Por el contrario, a falta de elementos accidentales que retrasen aquella exigibilidad, será con y por la perfección de contrato que aquella obligación alcanzará tal grado de efectividad (arg. *ex art.* 1113, 1 CC). Siendo exigible, cabe suspenderla, en el sentido de modificarla alterando la intensidad de aquella eficacia y convirtiéndola en inexigible. En este contexto, la facultad de suspender aparece como una auténtica facultad o poder de configuración jurídica que, adecuadamente ejercida, instaura *ex novo* una determinada situación jurídica. El artículo 1467 CC obedece a esta lógica; con muchos más matices, también lo haría el 1502 CC. El primero permite al vendedor suspender la obligación de entrega «cuando se hubiera convenido en un aplazamiento o término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, de tal suerte que el vendedor corre inminente riesgo de perder el precio». La exigibilidad de la obligación de entrega deja de supeditarse al cumplimiento de la de pago del precio en caso de aplazamiento de esta última (art. 1466 *in fine* CC); en este contexto, la insolvencia del comprador descubierta tras la perfección del contrato y antes de la entrega legítima

podrá oponer la *exceptio non adimpleti contractus*, mas lo que se cuestiona es si también cabría oponerse con éxito a tal reclamación alegando prescripción. Cabría formular dos planteamientos opuestos en la línea de lo planteado en el texto, y sugerir una lectura intermedia. Así: a favor de aquel efecto, cabría argüir que la exigibilidad inmediata de ambas obligaciones no se paralizó por ninguno de los obligados ejerciendo su derecho a suspenderla; en contra, se diría que la inexigibilidad de las obligaciones recíprocas en tanto no se produzca el cumplimiento de uno de los obligados impide que llegue a iniciarse el cómputo de los plazos de prescripción y que, además, todo ello ocurre así independientemente de la voluntad de las partes. Una tercera posibilidad pasaría por configurar la conducta de cada una de las partes (consistente, precisamente, en no cumplir) como ejercicio tácito de su derecho a suspender. Esto último implicaría tanto como reducir temporalmente la exigibilidad de ambas obligaciones al momento de la perfección del contrato, derivándose hacia una situación de inexigibilidad instantes después y por voluntad de las partes.

¹⁴ La cuestión que se suscitara sería la de cómo proceder en caso de resultar graduable el cumplimiento o incumplimiento de la obligación ajena pero no la que se suspende.

aquella suspensión¹⁵. El segundo permite al comprador «suspender el pago del precio» si «fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria». A los efectos que aquí interesan, baste destacar: primero, que dado que el presupuesto de la suspensión es sólo una perturbación ya producida o previsible, el precepto dota de contenido jurídico a la responsabilidad del vendedor por la «posesión legal y pacífica de la cosa vendida» (art. 1474, 1.º CC) más allá y sin necesidad de que el comprador padezca la privación total o parcial de la cosa comprada (art. 1475 CC)¹⁶. La segunda observación se ceñiría, en especial, al segundo de los supuestos previstos en el artículo 1502 CC («... fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria...») y partiría, como presupuesto, de la configuración del saneamiento por evicción como un régimen especial de responsabilidad del vendedor que descartaría, en tal contexto, entender que ha incumplido y, por ello, aplicar las normas generales en materia de incumplimiento. Siendo ello así, si se conviene además en admitir que aquel temor lo es, realmente, a padecer evicción¹⁷, entonces la conclusión es que el precepto legitima la suspensión frente, no ya un incumplimiento previsible del vendedor, sino frente a circunstancias que permiten anticipar que será responsable por evicción¹⁸.

¹⁵ La situación de insolvencia del comprador puede ser previa o posterior al contrato (en este sentido, véase GARCÍA CANTERO, G., Comentario a los artículos 1466 y 1467, en ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XIX, Edersa, Madrid, 1981, p. 211). Lo relevante, a efectos de aplicación de la norma, es que se descubre tras la perfección y antes de la entrega: si ya se conociere de antemano, el vendedor debe asumir el riesgo, sin poder contravenir a sus propios actos; si se descubre tras la entrega, no habrá ya obligación alguna a suspender, debiendo recurrirse a los remedios por incumplimiento o, en su caso, impugnar por vicios del consentimiento (véase, acerca de esta última posibilidad, ARNAU RAVENTÓS, L., «Insolvencia, declaración de concurso y vicios del consentimiento», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 19, 2013 [en prensa]).

¹⁶ Véase, por todos, abordando la cuestión del fundamento del artículo 1502 CC, BUSTOS VALDIVIA, I., *La suspensión del pago del precio en la compraventa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 114 y ss. En términos generales, se ve el primero de los supuestos que incorpora aquel precepto (a saber: el de perturbación efectiva) como una aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*; el segundo se reconduce a la idea general de equidad (aludiendo al primero, véase, recogiendo jurisprudencia anterior, la STS de 29 de septiembre de 2004 [RJ\2004\5689], que resuelve que se trata de una: «(...) medida precautoria que es en realidad una aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* (...) pues, también es obligación principal del vendedor, proporcionar una posesión pacífica al comprador de lo vendido» [FJ.º 4.º]).

¹⁷ Adviértase que mientras la perturbación efectiva puede serlo en «la posesión o dominio» por cualquier acción interpuesta por tercero, la potencial debe necesariamente proceder de una «acción reivindicatoria o hipotecaria».

¹⁸ ¿*Quid* en caso de que el comprador deba pagar el precio al mismo tiempo o después que el vendedor siendo así que éste ha entregado una cosa con vicios ocultos? ¿Puede oponer la *exceptio non adimpleti contractus* vinculada a la falta de cumplimiento o, en su caso, suspender el pago a la vista de la inminente responsabilidad del vendedor por aquella causa (arg. ex art. 1502 CC)? A propósito de la contratación con consumidores, la expresa configuración de la entrega de cosa conforme con el contrato como obligación legal del vendedor permite, cuanto menos, despejar toda duda acerca de la facultad que asistirá al comprador de alegar la *exceptio* por falta de cumplimiento en caso de entrega de cosa no conforme (art. 114 RDL 1/2007, TRLGDCU). Véase, a favor, MARIN LÓPEZ, M., Comentario al artículo 118, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (COORD.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 1488; destacando que la naturaleza de mínimos de la Dir. 1999/44 facilitaba aquella posibilidad, MARCO MOLINA, J. «La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento europeo y del

2.2.1 *El presupuesto: el incumplimiento previsible*

En línea de principios, aquellas circunstancias que, siendo ambas obligaciones puras, privan legalmente de exigibilidad a una y otra, deberían legitimar también la suspensión en aquellos casos en los que uno de los obligados debe cumplir antes. Ahora bien, dado que deben apreciarse a propósito de quien debe cumplir *después*, su concurrencia sólo puede concebirse como algo previsible. Apúntense algunos aspectos relativos a tales circunstancias y a tal previsibilidad.

Según lo expuesto, legalmente es de mejor condición el acreedor que debe cumplir al mismo tiempo que su deudor que el que debe cumplir antes. La razón sería que, en el primer caso, la falta de cumplimiento ajeno provoca automáticamente la inexigibilidad de la propia obligación. Tratándose de un obligado que debe cumplir primero, tal efecto requerirá hacer uso de la facultad de suspender. Más allá, no habría razón para un trato desigual entre obligados. Y de ahí que las mismas circunstancias que operan aquella inexigibilidad legal, deberían legitimar, *si es previsible que acontezcan*, el ejercicio de la facultad suspensiva, a saber: una situación de incumplimiento, más o menos grave, definitivo o no, en ningún caso necesariamente imputable al deudor¹⁹. En este contexto, atendida la naturaleza de la suspensión, menos invasiva que la resolución, se diría que no deberían trasladarse a la primera los requisitos requeridos para la segunda (así, en especial, el de gravedad) en aquellos textos en los que se admite que esto último también pueda instarse por incumplimiento previsible²⁰. En cualquier caso no deja de resultar una opción de política jurídica el contrarrestar el beneficio de la suspensión por causa de un incumplimiento *sólo* previsible con la exigencia de unos requisitos más o menos rígidos; así, más allá de que tal previsión esté suficientemente avalada, con el de que se refiera a un incumplimiento grave. De actuarse así, sin embargo, se estaría agravando la situación de quien debe cumplir antes frente a la de quien debe hacerlo al mismo tiempo que su deudor²¹.

Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», *RCDI*, núm. 674, 2002, p. 2334 (véase, además, artículo 4 de la Propuesta modificada de Directiva sobre la venta y garantías de los bienes de consumo [COM (1998), 217 final], a cuyo tenor: «*Si el vendedor y el consumidor acordaren el pago a plazos, se podrá suspender el pago de los plazos hasta que se haya subsanado la falta de conformidad denunciada*»).

¹⁹ A propósito de la *exceptio non adimpleti contractus*, ESPIN CÁNOVAS («La excepción...», cit. p. 563) descartaba de su ámbito de aplicación los incumplimientos definitivos argumentando que «(...) en este caso no tendría sentido alegar la excepción, mero retraso o suspensión del propio cumplimiento, sino que más bien sería procedente la resolución por incumplimiento (...)». Frente a ello, bastaría solo apuntar: primero, que el que el acreedor pueda resolver no tiene por qué implicar que no pueda hacer valer mecanismos menos invasivos como la suspensión (y, así, pudiendo extinguir el contrato, liberándose de su obligación, prefiera continuar debiendo, mas sin posibilidad de que le sea exigido lo debido); segundo, que aquel mismo acreedor sólo podrá excepcionar mas no resolver en aquellos supuestos en que haya caducado el plazo para esto último.

²⁰ Véase, exigiendo la esencialidad del incumplimiento, artículo 72 Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante, CISG); artículo 9.304 Principios de Derecho Europeo de los Contratos (en adelante, PECL); III.-3:504 Marco Común de Referencia (en adelante, DCFR). También aparece en el artículo 1200, 2.º pár. PMOC.

²¹ La idea de proporcionalidad entre el incumplimiento previsible, más o menos grave, y el alcance de la suspensión debería traducirse, en el contexto del artículo 1467 CC,

El carácter *sólo* previsible del incumplimiento ajeno explica que la suspensión requiera acreditar cumplidamente las circunstancias que justifican tal anticipo²² (así, en el artículo 1467 CC, que la situación de insolvencia del comprador implica «*inminente riesgo de perder el precio*» para el vendedor o, en el artículo 1502, el «*fundado temor*» de perturbación...). La previsión debe serlo de un incumplimiento, no sólo posible, sino altamente probable o, mejor, prácticamente seguro²³.

2.2.2 La facultad de suspender como poder de configuración jurídica

La suspensión, en tanto que poder de configuración jurídica, puede ejercerse a modo de mecanismo reactivo frente a una reclamación entablada judicial o extrajudicialmente contra el acreedor que la alega²⁴. Esto último, sin embargo, no actúa a modo de presupuesto de aquella facultad, vinculada exclusivamente al incumplimiento previsible del obligado recíprocamente. La suspensión en tanto que poder ejercitable al margen de un proceso, le preceda o no reclamación extrajudicial, plantea la cuestión de su forma de ejercicio. Añádase a ello, se articule a través de una excepción procesal o no, la relativa al plazo del que dispone el acreedor para suspender.

Configurada la suspensión como facultad o poder, no presenta mayor inconveniente teórico el admitir que, constatada la situación que legitima su

en la posibilidad de suspender sólo en parte la obligación de entrega (así, cuando el vendedor sólo alberga un fundado temor de perder sólo parte del precio). No puede desconocerse, sin embargo, la dificultad de aplicar tal criterio en aquellos casos en los que la obligación de entrega no admita tal graduación. El problema también se suscita en caso de resultar exigible en primer lugar el pago del precio. De efectuarse un pago sólo parcial (por lo demás, aceptado por el acreedor; art. 1169 CC) y configurarse la obligación de entrega como indivisible (así, por serlo el objeto o producto a entregar), ¿deviene exigible o inexistente toda ella? En el contexto del artículo 1502 CC, se defiende la suspensión del pago de todo o parte del precio en función de si la perturbación afecta a todo o parte del bien, en MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil comentado*, tomo XXIII, Madrid, 1906, p. 721 (el autor, a propósito del ejercicio de una acción hipotecaria, admite la suspensión «*de lo que el crédito hipotecario importe, en lo principal y en lo secundario*»); aboga también por la exigencia de proporcionalidad, MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit, p. 293.

²² A propósito del artículo 9.302 PECL y, en especial, de su relación con el artículo 8.105 PECL (que permite a «*La parte que razonablemente crea que se producirá un incumplimiento esencial de la otra*» solicitar a ésta una garantía de cumplimiento), véase DIEZ PICAZO, L.; RÓCA TRIAS, E.; MORALES MORENO, A., *Los principios del derecho europeo de los contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 353 [«*(...), el primero exige que “esté claro” que el incumplimiento tendrá lugar; el segundo se conforma con que exista una creencia razonable en tal sentido en la parte que se propone resolver*»)]. Véanse, también, III.-3:504 DCFR y 116 CISG. Debe acreditarse un «*riesgo patente*» de incumplimiento en el artículo 1200 (2.º párr) PMOC.

²³ Tal grado de seguridad hará tránsito hacia una situación de plena certeza en aquellos supuestos en los que la prestación a satisfacer por la contraparte deviene de imposible cumplimiento antes incluso de ser exigible. También si, por ejemplo, a pesar de tal inexigibilidad por no haber vencido aún el plazo de eficacia, el deudor renuncia a él y anticipa el cumplimiento infringiendo de algún modo su deber de prestación. En este último caso, sin embargo, se diría que la inexigibilidad de la obligación del acreedor insatisfecho derivará *ex lege* de la falta de cumplimiento ajeno (de ahí que, reclamado de cumplimiento, pueda interponer la *exceptio non adimpleti contractus* con carácter puramente declarativo).

²⁴ Se destaca la naturaleza de la facultad de suspender *ex* 1502 CC en tanto que «*facultad sustantiva, efectiva y real*» y no sólo «*una mera regla procesal de carácter cautelar*», en GARCÍA CANTERO, G., *Comentario al artículo 1502*, en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentario...*, cit, pp. 418 y 419.

ejercicio, el acreedor decida suspender y suspenda el cumplimiento de su obligación, anticipándose a toda reclamación que pudiera interponerse contra él²⁵. Cuanto menos, de la formulación legal no se colige que sólo pueda plantearse, necesariamente, a modo oposición frente a una pretensión de cumplimiento (no ocurre así, por ejemplo, ni en el artículo 1467, ni en el 1502 CC). Desde una perspectiva práctica, sin embargo, la cuestión estribaría en determinar qué interés puede tenerse en suspender antes que la contraparte tome la iniciativa y reclame, siendo así que si llega finalmente a hacerlo, de igual modo cabría paralizar tal reclamación suspendiendo entonces el cumplimiento²⁶.

El ejercicio extrajudicial de la facultad de suspender el cumplimiento debe realizarse a través de una declaración de voluntad recepticia dirigida, lógicamente, a quien es acreedor del obligado que suspende²⁷. Si a ello sigue reclamación judicial de cumplimiento, quien suspendió podrá oponerse a la demanda alegando el carácter inexigible de la deuda, provocado precisamente con la suspensión previa. De igual modo, si no se hubiere hecho antes, aquella facultad puede ejercitarse, con carácter constitutivo, en ocasión de la contestación de la demanda. En cualquier caso, la suspensión implica sólo alterar la obligación propia. La ajena (esto es: la de quien debe cumplir *después*) continúa siendo inexigible, sin que esto último se vea alterado por causa de aquella suspensión. La consecuencia es que, en su caso, la oposición procesal no puede articularse a través de la *exceptio non adimpleti contractus* que, lógicamente, no puede oponerse a quien aún no puede exigirse el cumplimiento. Es más: incluso estaría por ver si la suspensión, alegada con ocasión de una demanda de cumplimiento interpuesta de contrario, debería formularse procesalmente como una excepción o hacerse vía reconvencción. La razón sería que el demandado ciertamente persigue no ser condenado al pago, pero lo hace recurriendo a una facultad que va a provocar un efecto jurídico *ex novo*, que además desplegará sus efectos más allá del proceso; esto es: la obligación, hasta entonces exigible, deja de serlo²⁸⁻²⁹.

²⁵ Vinculando la facultad de suspender *ex* artículos 1467 y 1502 CC a una reclamación previa y exigiéndose, en el contexto de este último, que se trate de una reclamación judicial, véase MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil...*, cit, p. 722.

²⁶ Puede tratarse, por ejemplo, de una cuestión meramente probatoria. El acreedor puede pensar que si la contraparte se opone a la suspensión, puede resultarle más fácil en aquel momento acreditar sus presupuestos, que cuando sea demandado de cumplimiento.

²⁷ Véase, acerca del requisito de la notificación al deudor que a propósito del artículo 1502 CC viene exigiendo la jurisprudencia (desde la STS 25 de junio de 1964 [RJ 1964\3685]), BUSTOS VALDIVIA, *La suspensión...*, cit, p. 174. En el contexto de aquella norma, tal necesidad se justifica también a efectos de facilitar al vendedor la posibilidad de evitar o enervar la suspensión haciendo cesar la perturbación o afianzando la devolución del precio (en esta línea véanse, entre otras, STS 4 junio 1992 [RJ 1992\4998], 18 octubre 1994 [1994\7486], 6 junio 2000 [RJ 2000\4003], 29 septiembre 2004 [2004\5689]).

²⁸ La cuestión parece que no ofrecería tantas dudas si, frente a tal pretensión de cumplimiento, el demandado reaccionara solicitando, por ejemplo, la resolución del contrato por incumplimiento previsible. Se trata, también, de un poder de configuración jurídica, con el que se busca modificar la realidad jurídica y no tanto la condena de la contraparte, y cuya estimación implicará, a su vez, desestimar la pretensión de cumplimiento interpuesta primero frente a quien, ahora y vía reconvencción, reacciona solicitando la resolución del contrato.

²⁹ Véase, sin embargo, identificando el mecanismo procesal del que puede servirse el vendedor *ex* artículo 1467 CC con la *exceptio inadimpleti contractus*, GARCIA CANTERO, *Comentario...*, cit, p. 212.

En cuanto al plazo de ejercicio, cabe suspender en tanto persista la situación de hecho que legitima tal suspensión³⁰⁻³¹. Y ello, en su caso, aun cuando hubieren prescrito o caducado otros posibles remedios instables por el acreedor por causa de incumplimiento previsible³².

2.2.3 El alcance del efecto suspensivo

La inexigibilidad de la obligación propia deja inalterada la inexigibilidad de la ajena (esto es: la de aquélla que se convino en cumplir *después*). Por lo demás, de aquel efecto derivan otras tantas consecuencias; así, en sede de prescripción.

El incumplimiento previsible legitima la suspensión del propio cumplimiento, no la reclamación anticipada de la obligación ajena, ni siquiera la exigencia de remoción de aquellas circunstancias que justifican aquel temor o creencia³³. Esto último (que implica, de hecho, renovar la exigibilidad de la obligación hasta entonces suspendida) queda sólo a voluntad del obligado frente a quien se suspendió³⁴. Siendo ello así, no cabe acumular, o ejercer a la vez, la facultad de suspender el propio cumplimiento y la de exigir el ajeno³⁵.

³⁰ Así, por ejemplo, mientras concurren insolvencia y riesgo de perder el precio en el artículo 1467 CC. Véase, por el contrario, afirmando que podrá persistirse en la suspensión «en tanto el comprador no le pague el precio», GARCÍA CANTERO, Comentario..., cit. p. 212.

³¹ Si la facultad de suspender estuviera sujeta a plazo (y no tanto, como se cree, vinculada a la persistencia de una situación de hecho), se trataría de uno de caducidad, como lo es el que dispone el acreedor insatisfecho para resolver (acerca de esto último, ESPIAU ESPIAU, S. «La naturaleza jurídica y el plazo de ejercicio de la acción de resolución de los contratos por incumplimiento», en LLAMAS POMBO, E. (coord.), *Estudios de Derecho de Obligaciones: homenaje al Prof. Mariano Alonso Pérez*, vol. I, 2006, p. 613).

³² Piénsese, por ejemplo, en que la situación de hecho que legitima la suspensión permite, también, solicitar la resolución (así, por incumplimiento previsible). La cuestión radica en que difícilmente podrá haber caducado la facultad para esto último, persistiendo la de suspender. La razón es que aquella resolución también aparece vinculada, en los textos en los que aparece, a una situación de hecho determinada y no a un plazo de ejercicio. El contexto es otro si quien debe cumplir primero, incumple. De ser este el caso, no ofrece dudas que la *exceptio non adimpleti contractus* podrá oponerse por la contraparte reclamada de cumplimiento, aun después de haber prescrito su acción de cumplimiento o caducado su facultad de resolución *ex* artículo 1124 CC.

³³ Desde esta perspectiva, a nuestro entender, carece de sentido plantearse si, alegando sólo la suspensión, el tribunal puede llegar a condenar a ambas partes a cumplir simultáneamente (sobre el particular, en el contexto del art. 1502 CC, véase BUSTOS VALDIVIA, *La suspensión...*, cit. p. 240 y ss).

³⁴ Así, en el artículo 1467 CC, el comprador puede afianzar el pago del precio aplazado o, en el artículo 1502 CC, el vendedor puede hacer cesar la perturbación o el peligro o, en su caso, afianzar la devolución del precio.

³⁵ En su caso, también lo impediría el principio de cumplimiento simultáneo propio de las obligaciones recíprocas. Quien persigue privar de exigibilidad a su propia obligación y, a la vez, que se cumpla con la ajena, no estaría precisamente acomodándose a tal principio. La consecuencia de lo anterior, quizás precipitada, sería que la suspensión y el cumplimiento no pueden pretenderse simultáneamente en ningún caso. Sobre la cuestión, mas aludiendo a la *exceptio non adimpleti contractus*, ESPIN CANOVAS razonaba según sigue: «Si por el contrario, el excipiens quisiere obtener en vez de la prolongación de la situación de falta de cumplimiento por ambas partes, el efectivo cumplimiento de ambas prestaciones, tendría que provocar su dicho cumplimiento iniciándolo de su parte, mediante el cumplimiento real o al menos el ofrecimiento y consignación, con los que podría, evitando previamente que a su vez que se le opusiere la excepción, pasar a la posición de demandante exigiendo el cumplimiento. Pero, en realidad, esto implica, o bien la no alegación de

A propósito de su acumulación con remedios contractuales como la resolución (así, en el ámbito de aquellos ordenamientos en los que se admita esto último por incumplimiento previsible), habría lo siguiente: si el presupuesto de hecho de ambas facultades coinciden, entonces carecerá de sentido pretender, a la vez, paralizar el propio cumplimiento y resolver el contrato, extinguiéndolo a él y a las obligaciones que de él dimanen: ¿por qué suspender algo que quiere extinguirse? Por el contrario, si la resolución aparece vinculada a unos requisitos más severos, podrían pretenderse ambas, mas la suspensión con carácter subsidiario y sólo para el caso de concluirse que el incumplimiento previsible no es resolutorio.

En el contexto del artículo 1467 CC, la cuestión permite traer a colación el artículo 1129 CC. Y ello porque, si en el primero la insolvencia del comprador permite al vendedor suspender la entrega, en el segundo aquella insolvencia determina la pérdida, por el deudor (así, el comprador en el 1467 CC), de «*todo derecho a utilizar el plazo*», luego la exigibilidad inmediata de su obligación. La situación, en este último contexto, sería *como* la de dos obligados puramente. Así las cosas, ninguno de ellos precisaría suspender el propio cumplimiento en tanto la contraparte no cumpliera o estuviera dispuesta a cumplir; la inexigibilidad sería legal, sin necesidad de provocarla. Más allá del contexto contractual del artículo 1467 CC y sólo obligacional del 1129 CC, las diferencias entre uno y otro precepto se explican en función de la perspectiva también contractual y obligacional de uno y otro, de la distinta relevancia del factor temporal y, en fin, de los efectos de la insolvencia³⁶. Así, en tanto el artículo 1467 CC sólo cobra sentido en la medida en que el vendedor debe cumplir *antes* que el comprador, en el artículo 1129 CC sólo interesaría el aplazamiento de la obligación de pago, resultando irrelevante que el comprador deba cumplir antes o después que el vendedor³⁷. En segundo lugar, la temporalidad relevante, en el artículo 1467 CC, se predica del conocimiento de la insolvencia por parte del vendedor (que debe tenerse «*tras la venta*»), mientras que en el artículo 1129 CC se asocia a la situación de insolvencia (que debe producirse «*después de contraída la obligación*»). Desde la perspectiva de las facultades del acreedor protegido, el artículo 1129 CC permite exigir el pago del precio, lo que, a su vez, exigirá que él mismo entregue o esté dispuesto a entregar la cosa. El artículo 1467 CC, sin afectar a la obligación del comprador, legitima suspender la propia³⁸. Siendo ello así, el vendedor *ex* artículo 1467 CC, en caso de descubrir tras la venta la insolvencia del comprador sobrevenida también al contrato, puede optar por un efecto u otro.

Al privar a la deuda su carácter exigible, la suspensión implicará suspender también la prescripción del crédito correspondiente (arg. *ex* art. 1969 CC). Ello permite apuntar: primero, que para el acreedor *frente a quien* se suspende (que, recordemos, es quien previsiblemente va a incumplir) no corre el plazo de prescripción para reclamar lo que se le debe (ni, en conse-

la excepción, si tiene lugar el cumplimiento real, o la alegación conjunta de ésta y de su reclamación, preparada por la oferta y consignación condicionadas al cumplimiento simultáneo) (ob. cit, p. 570).

³⁶ Se diría, por lo demás, que ambos preceptos participan del mismo concepto de insolvencia, que no tiene por qué implicar concurso declarado.

³⁷ Véase MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil...*, cit, p. 477. El autor ubica el interés del vendedor en recurrir al artículo 1129 CC en aquellos casos en los que se descubre la insolvencia del comprador una vez entregada la cosa.

³⁸ Véase, de nuevo, GARCIA CANTERO, *Comentario...*, cit, p. 212. El autor insiste en que el ejercicio de la facultad de suspender *ex* artículo 1467 CC implica, para el comprador, la pérdida del plazo.

cuencia, debe preocuparse por interrumpirlo...). Este efecto, lejos de lo que aparentemente pueda parecer, no le reporta un especial beneficio (perjudicando al mismo tiempo a quien suspendió). La razón es que no *tendrá más tiempo para reclamar* que del que dispondría a falta de suspensión y ello, porque mientras no se remuevan las circunstancias que legitiman tal suspensión, no puede tampoco exigir lo que se le debe. En segundo lugar, y también a propósito del crédito a exigir la obligación suspendida, el efecto técnico que tiene aquella suspensión sobre su plazo de prescripción debe describirse en términos, también, de suspensión y en ningún caso de interrupción. Esto significa que, enervados los efectos de la suspensión (así, habiendo cesado aquel temor de incumplimiento o con la prestación de garantías...), el plazo de prescripción debería reanudarse allí donde se suspendió (no, en consecuencia, iniciarse desde 0). La suspensión, por el contrario, no tiene ninguna incidencia en la efectividad de la obligación recíproca, esto es, de aquella de la que es acreedor quien ha suspendido. Así, *v. gr.*; si hallándose suspendida la obligación del vendedor *ex* artículo 1467 CC, venciera la del comprador, aquella suspensión ni obstaría a que se iniciara el plazo de prescripción del derecho a exigir al precio, ni implicaría suspenderlo ni interrumpirlo³⁹.

Aquella inexigibilidad puede resultar relevante también en sede de compensación, al privar a la deuda suspendida una de las condiciones de compensabilidad (art. 1196.4 CC)⁴⁰. Siendo inexigible su deuda, el deudor que suspende no puede incurrir tampoco en mora.

Por lo demás, en tanto que la suspensión incide sólo en la exigibilidad de la deuda, quedan inalterados cualesquiera otros efectos relacionados con su efectividad (así, por ejemplo, y tratándose del vendedor, su obligación de entrega abarcará los frutos que vaya produciendo la cosa [*ex* art. 1095CC]).

3. La facultad de suspender el propio cumplimiento frente al incumplimiento previsible: ¿norma general en el derecho español?

El consumidor que, según se convino, debe pagar primero que el vendedor ¿podría suspender el cumplimiento de su obligación si cree razonada y fundadamente que le será entregado un producto no conforme con el contrato? Todo comprador ¿puede hacer lo mismo si cree razonada y fundadamente que no le será entregado el producto debido? Apúntense sólo dos reflexiones: la primera sería que, en la medida en que se admite la posibilidad de instar la resolución por causa de incumplimiento previsible, en esa misma medida, y quizás con mayor motivo, debería admitirse el recurso a un remedio menor, como la suspensión⁴¹. Sería la segunda que, prevista la resolución en tales

³⁹ Por ello, y al menos a efectos de interrumpirlo, el vendedor debería reclamar el precio. Claro que esto último exigirá, por imperativo del principio de cumplimiento simultáneo, ofrecer el cumplimiento o acreditar que se está dispuesto a cumplir, entendiéndose, una obligación formalmente inexigible si es que la situación de insolvencia del comprador persiste aún en ese momento.

⁴⁰ Admítase el siguiente ejemplo: A vende y entrega a B un bien y B recurre a la facultad de suspender el pago del precio *ex* artículo 1502 CC. En virtud de un segundo negocio, A pasa a deber una determinada cantidad a B. Al serle reclamada por éste, A no puede alegar compensación con la deuda de B relativa al pago del precio dada su inexigibilidad. Habría compensación en otro caso: así, si esa segunda relación jurídica se hubiera concertado antes de la suspensión.

⁴¹ Acerca de su admisión en derecho español, véase ANDREU MARTÍNEZ, B., «Incumplimiento anticipado: regulación en los principios de Derecho contractual europeo y solu-

circunstancias (art. 1200, 2.º párr, PMOC), la facultad de suspender «la ejecución de su prestación total o parcialmente» sólo se reconoce, «en las relaciones obligatorias sinalagmáticas», a «quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella» (1191 PMOC)⁴².

III. EL DERECHO A SUSPENDER EL CUMPLIMIENTO EN EL CESL

Asociado a la falta de cumplimiento del comprador (art. 106.1 b) o del vendedor (art. 131.1 b), el CESL incorpora expresamente el derecho a suspender el propio cumplimiento en el elenco de remedios legalmente dispensados a una y otra parte para el caso de incumplimiento de la otra⁴³. Su desarrollo se aborda desde la perspectiva de cuándo puede recurrirse a él en función del tiempo en el que resulta exigible la obligación de quien suspende (a saber: «al mismo tiempo», «después» o «antes» que la contraparte; arts. 113.1 y 2, art. 133.1 y 2⁴⁴) y, en segundo lugar, atendiendo a la intensidad o alcance de la suspensión (art. 113.3 y 133.3 CESL). Todo ello suscita algún que otro apunte.

No trasciende al texto el requisito de la reciprocidad que debe mediar entre la obligación que se incumple y la que se suspende⁴⁵. Por el contrario, sí resulta de los artículos 106.4 y 131.2 que la imputabilidad del incumplimiento al deudor no es requisito para suspender; tampoco su gravedad. Así: I. Todo incumplimiento legitima la suspensión salvo el que haya sido provocado por el mismo acreedor que la pretende (art. 106.5 y 131.3). Por el contrario, cualquier otra causa de imputabilidad del incumplimiento al deudor no obstan a que el acreedor insatisfecho pueda pretender la suspensión de la obligación propia (arg. art. 116.4 y 131.2)⁴⁶. II. La suspensión del cumplimiento de la obligación propia no exige que el incumplimiento ajeno sea de una determinada entidad. Se diría, por el contrario, que todo incumplimiento permite suspender el cumplimiento de la obligación propia. Y ello resulta: en primer lugar, porque sin tratarse de ningún mecanismo excepcional, ni parti-

ciones a la vista del Código civil español», en ESPIAU ESPIAU, S.; VAQUER ALOY, A. (dirs.), *Bases de un derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 331.

⁴² Advirtiéndose, por lo demás, que en la sistemática de la PMOC la suspensión ni se menciona en el artículo 1190 (cuya finalidad, parece ser, es la de relacionar los mecanismos que asisten al acreedor en caso de incumplimiento), ni cuenta, como ocurre con los restantes remedios, con una sección específica (reclamándola, FENOY PICON, «La Modernización...», cit, p. 1571). Todo ello corroboraría la idea aquí mantenida en cuya virtud, en aquellos supuestos en los que el acreedor debe cumplir al mismo tiempo o después que la contraparte, la falta de cumplimiento de ésta deriva hacia una inexigibilidad *ex lege*, que lógicamente el acreedor podrá hacer valer pero que no tiene por qué provocar. Y, de ahí, que no aparezca formalmente como remedio.

⁴³ Véase, también, artículos 155.1, b y 157.1, b a propósito de los remedios del cliente y del prestador de servicios en caso de incumplimiento de la contraparte.

⁴⁴ Véase, atendiendo al mismo criterio temporal, artículos 9.201 PECL y III-3:401 (1) DCFR.

⁴⁵ La facultad de recurrir a la suspensión se vincula al incumplimiento de «una obligación». Exigiendo que se trate de recíprocas, véase ZOLL, F., Comentario artículo 113, en SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law*, Nomos, Baden-Baden, 2012, p. 514. Anudando aquella facultad al incumplimiento de una obligación «recíproca» véase III-3:401 (1) DCFR (VON BAR, Christian, CLIVE, Eric and SHULTE-NÖLKE, Hans *et al.* (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, Sellier, Munich, 2008, p. 162).

⁴⁶ A propósito de las causas de exoneración del deudor, véase artículo 88 CESL.

cularmente invasivo, no hay razón para sujetarlo a límites no explicitados⁴⁷; en segundo lugar, porque esto mismo se colige de una interpretación *a contrario* de la disciplina prevista a propósito de la facultad de resolución que se vincula, en contratos entre comerciantes, a que el incumplimiento sea «*esencial*» y que sigue vinculándose, entre comerciantes y consumidores, a que no se trate de una falta de conformidad insignificante (art. 114)⁴⁸. Y ello es así tanto en sede de resolución por incumplimiento efectivo como por causa de incumplimiento sólo previsible (art. 114; artículo 116 CESL). En su caso, el correctivo frente a una posible suspensión fundada en una «*falta de ejecución*» (art. 87.1) de escasa o nula importancia podrá encontrarse, más allá del deber general de actuación conforme a la buena fe contractual (art. 2), en la necesidad de que la suspensión sea proporcionada al incumplimiento (arg. art. 113.3 y 133.3)⁴⁹.

Los artículos 113 y 133, en sendos apartados segundos, permiten anticipar la suspensión a la exigibilidad de la obligación del deudor. La posibilidad se confiere al acreedor que deba cumplir «*antes*».

a) También a quien «*deba cumplir al mismo tiempo*» o «*después*» que su deudor (art. 113.1 y 133.1 CESL). En consonancia con lo que ha sido expuesto, el texto contempla aquella inexigibilidad institucional derivada del principio de cumplimiento simultáneo que no precisaría, para producirse, del ejercicio de una facultad concedida *ad hoc*⁵⁰. La norma, sin embargo, presenta tal suspensión desde la perspectiva del acreedor y como «*derecho*». A pesar de la literalidad del texto, relativo al «*derecho a dejar en suspenso la ejecución*», se diría que lo que realmente queda en manos del acreedor es la facultad de «*hacer valer*» tal inexigibilidad (así, mediante la *exceptio non adimpleti contractus*), mas no la de provocarla porque, básicamente, tampoco habría necesidad de ello.

b) Quien debe cumplir antes puede suspender el pago en la medida en que «*crea razonablemente que el vendedor no cumplirá su obligación cuando esta venza*»⁵¹⁻⁵²⁻⁵³. El incumplimiento previsible legitima, no tanto pre-

⁴⁷ Y no sujetarlo a un principio de interpretación restrictiva parece que tampoco vulnera ni desconoce la finalidad de preservar el contrato (véase Considerando 32 CESL).

⁴⁸ Véase, exigiendo que se trate de un incumplimiento esencial, artículo 136 CESL.

⁴⁹ Ambos preceptos permiten la suspensión de «*la totalidad o parte del cumplimiento en la medida justificada por el incumplimiento. Cuando las obligaciones (de aquél frente a quien se suspende el propio cumplimiento) deban cumplirse por partes o sean divisibles de otro modo, (...) sólo (se) podrá suspender el cumplimiento en relación con la parte que no se haya cumplido, a menos que el incumplimiento (...) sea tal que justifique la suspensión total del cumplimiento (...)*». Véase artículo 9:201 (2) PECL; III- 3:401 (4).

⁵⁰ Véase, vinculando el momento en que debe satisfacerse el precio al momento en que se efectúa la entrega, artículo 126 CESL.

⁵¹ A pesar de que el precepto parece valerse del criterio subjetivo del acreedor (así, de su percepción acerca de si el deudor cumplirá o no), la razonabilidad de su creencia deberá valorarse atendiendo a criterios objetivos (véase art. 5 CESL). Véase artículo 116 CESL que, a fin de declarar la resolución por incumplimiento previsible, exige o bien que el vendedor haya declarado que no cumplirá o quede claro esto mismo de otro modo (véase, también, artículo 136 CESL).

⁵² Los artículos 113.2 y 133.3 permiten tal suspensión mientras el acreedor albergue tal creencia. Sólo en el segundo se añade que: «*Sin embargo, el derecho a suspender el cumplimiento se pierde si el comprador garantiza debidamente que cumplirá su obligación u ofrece una garantía apropiada*».

⁵³ Véase III- 3:401 (2) y (3) DCFR. El texto impone al acreedor el deber de notificar al deudor la suspensión del cumplimiento tan pronto como le sea posible, siendo responsable por los daños causados por el incumplimiento de tal deber. En el mismo sentido, véase

tender la exigibilidad sobrevinida de la obligación ajena otrora aún inexigible, sino suspender la exigibilidad de la obligación propia⁵⁴⁻⁵⁵. Por lo demás, la suspensión de la obligación propia siendo inexigible la del deudor puede reproducirse en otro contexto, a saber: en el que deriva de la prescripción de los remedios por incumplimiento (arg. artículo 185). En este supuesto, la inexigibilidad de la obligación del deudor sigue, no precede, a su incumplimiento efectivo. La disposición avalaría que la suspensión no queda sujeta a un específico plazo de prescripción, tras cuyo transcurso no pueda pretenderse, sino que subsiste en tanto subsista la situación de incumplimiento de la contraparte.

El ejercicio de la facultad de suspender el propio cumplimiento no se sujeta a forma ni a formalidad alguna⁵⁶⁻⁵⁷.

A propósito de la relación de aquella facultad con los restantes remedios por incumplimiento se suscitan, en particular, dos cuestiones: la primera, a propósito del artículo 109.6 y, la segunda, en relación con el artículo 111.2.

a) El comentario requiere reubicarse en la órbita de aquel comprador que, debiendo cumplir al mismo tiempo o después del vendedor, en cualquier caso constata el incumplimiento previo de este. Podría suscitarse también a propósito del comprador que, aún debiendo cumplir antes, padece el incumplimiento del vendedor⁵⁸. En este contexto, se diría que no hay inconveniente

artículo 136.3 del texto que refunde las sugerencias formuladas, a propósito del CESL, por el European Law Institute (véase en http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/5-2-2012_Statement_ [fecha de consulta: 4 de abril de 2013]). A propósito del DCFR, destaca que la responsabilidad del acreedor en caso de falta de notificación avala, indirectamente, que efectuarla no se erige en presupuesto de toda suspensión eficaz, GÓMEZ CALLE, «Los remedios...», cit, p. 48.

⁵⁴ El artículo 71.1 de la CISG contempla también la suspensión por causa de incumplimiento previsible; así, «*si resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de: a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato*». Véase, constatando que el precepto no exige que la parte que invoque el derecho de retención esté obligada a cumplir antes, ni que el incumplimiento previsible resulte imputable al deudor, pero sí que revista una cierta importancia pese a no ser esencial, CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, Comentario al artículo 71, en Díez-PICAZO, Luis, (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1997, p. 565. Por lo demás, el artículo 71.3 *in fine* impone el cumplimiento a la parte que hubiere instando la suspensión tan pronto la otra «*da seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones*».

⁵⁵ Sugiere la aplicación conjunta de los apartados 2 y 3 del artículo 133, a fin de justificar la suspensión total de la obligación del vendedor en caso de incumplimiento de la obligación de pago de parte del precio y de creencia razonable de que no se llegará a abonar el resto, DANNEMANN, G., Comentario artículo 133 CESL, en *Common European...*, cit, p. 585.

⁵⁶ Véase, admitiendo el ejercicio tácito de la facultad ZOLL, Comentario artículo 113, cit, p. 515: «*The buyer does not need to declare the fact that it exercises the right to withhold the performance. If the conditions are fulfilled, the lack of payment must be qualified as the exercise of this right*».

⁵⁷ A propósito del artículo 133.2, deriva la necesidad de notificar al comprador la decisión de suspender del artículo 3, relativo al deber de «Cooperación» entre las partes, DANNEMANN, Comment 133, cit, p. 584. Según el autor, tal notificación facilitaría al comprador, en su caso, la posibilidad de enervar la suspensión garantizando que cumplirá debidamente u ofreciendo una garantía apropiada (art. 133.2 *in fine*). Para el eficaz ejercicio de la facultad de resolver, véanse artículos 118 y 138 CESL, que sí exigen notificación previa.

⁵⁸ Así, porque el vendedor renuncia al plazo, impone la entrega de la cosa al comprador pero, por ejemplo, el producto no es conforme con el contrato.

ni formal ni material en que el acreedor insatisfecho recurra, *sólo*, a la suspensión frente al incumplimiento ajeno; de otro modo: en que sea aquella su única reacción, siendo así que tampoco acude después ni al cumplimiento, ni a la resolución, ni a la rebaja del precio⁵⁹. Tratándose de un comprador comerciante, el *impasse* puede corregirse mediante la oferta de subsanación del vendedor que, como se ha anticipado, no permite desconocer o desplazar el remedio instado por el comprador (como ocurriría, por el contrario, si la elección hubiere recaído sobre la resolución o la reducción del precio; arg. art. 109.3). Contrariamente, la suspensión sobrevivirá a la iniciativa del vendedor y persistirá hasta que se complete la subsanación (art. 109.6). La dificultad estriba en que tal oferta de subsanación no rige tratándose de una compraventa con consumidor (art. 106.3 a), de forma que, en principio, no cabría imponérsela salvo que la hubiere solicitado él mismo. El resultado no parece muy lógico⁶⁰ y la situación podría resolverse, se cree, atendiendo al modo en que está llamada a operar aquella oferta de subsanación. Se diría que con su exclusión en los contratos con consumidores lo que se busca es que, sea el que sea el remedio elegido por el consumidor (así, por ejemplo, la resolución), el vendedor no pueda evitarlo ofreciendo la subsanación de su obligación. Siendo ello así, lo cierto es que no se corre ningún riesgo en este sentido si se permite imponer aquella oferta de subsanación en los casos en los que el consumidor haya optado, exclusivamente, por suspender el cumplimiento (*rectius*: hacer valer la inexigibilidad) de su obligación. La razón sería que *persistirá tal suspensión hasta que se complete la subsanación*.

Habría un caso, ya se ha dicho, en que el legitimado sólo podría recurrir a la suspensión, que aparecería como un remedio forzosamente autónomo, a saber: el de prescripción de los restantes remedios por incumplimiento, que deja a salvo sólo la suspensión de la obligación propia (art. 185). En este supuesto, sin embargo, y toda vez que la prescripción no extingue el derecho y sí sólo su exigibilidad por el acreedor, el deudor que ha incumplido y a quien interesa exigir el precio podría, en su caso, ofrecer voluntariamente la subsanación.

b) En el supuesto descrito en el artículo 109.6 concurren, sin problema, dos remedios distintos: el cumplimiento (*rectius*: la subsanación) y la suspensión. El vendedor ofrece la subsanación de *su* obligación al tiempo que se permite al comprador mantener en suspenso *la suya*. La razón por la que el principio de cumplimiento simultáneo no entra en liza es porque la iniciativa en la adopción de uno y otro remedio no proceden, en ambos casos, del acreedor insatisfecho. Así, no es que el comprador haya optado, a la vez, por el cumplimiento ajeno y por la suspensión propia (en cuyo caso podría cuestionarse la compatibilidad entre una cosa y la otra), sino que él sólo ha suspendido y ha sido el vendedor quien ha ofertado el cumplimiento. Por el contrario, el artículo 111.2 *in fine* avala la posibilidad de acumular, por parte del consumidor, la pretensión de cumplimiento y la suspensión. La disposición, más allá de su difícil encaje técnico, no deja sin embargo de tener su lógica: si en el contexto del artículo 109.6, el comprador comerciante puede mantener en suspenso su obligación mientras se procede a la subsanación, no

⁵⁹ La rebaja del precio sólo consta como remedio del comprador, mas no, lógicamente, del vendedor (véase art. 131 CESL).

⁶⁰ Esto es: que el consumidor se limite a suspender su obligación sin que pueda imponérsele el cumplimiento siendo así que, más allá de servir técnicamente al principio de cumplimiento simultáneo, no deja de tratarse de un mecanismo indirecto con el que presionar al deudor a fin de que cumpla.

tendría sentido que en las ventas de consumo el consumidor no pudiera disfrutar de idéntico beneficio⁶¹⁻⁶².

IV. LA SUSPENSIÓN EN EL ÁMBITO DE LA RECIPROCIDAD LEGAL

El interés y necesidad de favorecer una interpretación autónoma del instrumento opcional (Considerando 29)⁶³, sugieren extender la suspensión del propio cumplimiento a los distintos supuestos de reciprocidad legal que contempla la propuesta: así, no sólo del que deriva de la anulación o resolución del contrato consumado (art. 172.1) sino también en del eficaz ejercicio de la facultad de desistimiento de un contrato también ejecutado (art. 44.3)⁶⁴⁻⁶⁵. En el fondo, esto equivale a reconocer la inexigibilidad legal de toda obligación de restitución mientras el obligado recíprocamente no cumpla o esté dispuesto a restituir. Sólo en aquellos casos (si los hay) en los que, en un contexto de reciprocidad legal, la norma ordene a uno de los obligados cumplir *antes* que el otro, será posible hablar propiamente de facultad de suspender el propio cumplimiento como auténtico poder de configuración jurídica.

⁶¹ Véase, apreciando la similitud entre ambas situaciones, ZOLL, Comentario artículo 112, en *Common European...*, cit, p. 511.

⁶² Ante la previsión de un incumplimiento esencial, el artículo 8.105 PECL lo que permite acumular, a instancias del acreedor que debe cumplir antes, es la facultad de suspender su propio cumplimiento y la de exigir garantía adecuada de cumplimiento.

⁶³ Véase, incidiendo especialmente en esta cuestión, SMITS, Jan M, «The Common European Sales Law (CESL) beyond party choice», Maastricht European Private Law Institute, Working Paper No. 2012/11.

⁶⁴ Acerca de la conveniencia de que las reglas relativas a las modalidades de cumplimiento y a los remedios por incumplimiento cubran tanto las obligaciones contractuales como las que derivan, eventualmente, de su extinción por causa distinta al cumplimiento, véase EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Statement...*, cit, p. 27. En particular, a propósito de la facultad de suspender en tales ámbitos, véase ZOLL, Comentario artículo 113, cit, p. 514 y 515. A propósito de la facultad de desistimiento, véase también artículo 13.3 de la Directiva 2011/83, del Parlamento y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre Derechos de los Consumidores.

⁶⁵ La extensión de la *exceptio non adimpleti contractus* al ámbito de la reciprocidad legal (admitida, por lo demás, en derecho español [véase, por todos, ESPÍN CÁNOVAS, «La excepción...», cit, p. 557]), cobra especial sentido en supuestos como el previsto en el artículo 75.1 RDL 1/2007 y para el caso de que la imposibilidad de devolver la prestación no sea imputable al consumidor. El precepto, que permite igualmente desistir al consumidor («no privarán a éste de la posibilidad de ejercer el derecho de desistimiento»), añade que no hay tampoco obligación de restituir el valor de la prestación perdida o destruida. La cuestión que suscita la norma, a la luz del artículo 74.1 (y del 1308 CC, al que se remite), es si frente a la pretensión de devolución del precio satisfecho el vendedor podría oponer el principio de cumplimiento simultáneo que, según se ha apuntado, debería cubrir también los casos de incumplimiento inimputable. De admitirse aquella alegación, como aquí se hace, resultaría que, en aquellas circunstancias, sólo el consumidor que no ha pagado íntegramente el precio puede seguir albergando algún interés en desistir. Se concretará en la extinción de la obligación de pagar el precio pendiente.

Rapports nacionales de Derecho Privado Europeo,
Comparado y Comunitario

ALEMANIA, AUSTRIA Y SUIZA

Bibliografía (2012-2013)

MARTIN EBERS*

I. NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA (INSTRUMENTO OPCIONAL)

ALPA, Guido – CONTE, Giuseppe – PERFETTI, Ubaldo – VON WESTFALEN, Friedrich Graf (eds.): *The Proposed Common European Sales Law – The Lawyers' view*, Sellier, München, 2013.

GEBAUER, Martin (ed.): *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Anwendungsbereich und kollisionsrechtliche Einbettung*, Sellier, München, 2013.

HAHN, Jörg-Uwe (ed.): *Gemeinsames europäisches Kaufrecht. Moderner Ansatz oder praxisferne Vision? Anhörung der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 24. Mai 2012 in Frankfurt*, Beck, München, 2012.

II. DERECHO PRIVADO EUROPEO – CUESTIONES GENERALES

CACHARD, Olivier – NAU, Liliane (eds.): *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint. Einheitsbildung durch Gruppenbildung im Unternehmensrecht?*, Sellier, München, 2012.

COENDET, Thomas, *Rechtsvergleichende Argumentation: Phänomenologie der Veränderung im rechtlichen Diskurs*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

DREXLER, Alexander: *Die richtlinienkonforme Interpretation in Deutschland und Frankreich*, Nomos, Baden-Baden, 2012.

GRUNDMANN, Stefan – RIESENHUBER, Karl (eds.): *Textsammlung europäisches Privatrecht. Vertrags- und Schuldrecht, Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl., De Gruyter, Berlin, 2012.

HAGER, Günter: *Strukturen des Privatrechts in Europa. Eine rechtsvergleichende Studie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

KRUIS, Tobias: *Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis. Seine Durchsetzung in Deutschland. Eine theoretische und empirische Untersuchung anhand der Finanz- und Verwaltungsgerichte und Behörden*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

* Doctor en Derecho, Humboldt Universität zu Berlin.

- LANGENBUCHER, Katja (ed.): *Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht*, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2013.
- LENZ, Carl Otto – BORCHARDT, Klaus-Dieter – BITTERLICH, Joachim (eds.): *EU-Verträge Kommentar, EUV, AEUV, GRCh*, 6. Aufl., Bundesanzeiger, Köln 2012.
- LUDEWIG, Philipp: *Die zeitliche Beschränkung der Wirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren*, Duncker & Humblot, Berlin, 2012.
- MOCCIA, Luigi (ed.): *The Making of European Private Law: Why, How, What, Who*, Sellier, München, 2013.
- PERNER, Stefan: *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.
- POELZIG, Dörte: *Normdurchsetzung durch Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- SCHULZE, Reiner – ZIMMERMANN, Reinhard (eds.): *Europäisches Privatrecht, Basistexte*, 4. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2012.
- SCHWARZE, Jürgen: *Das Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht im Wandel der Zeit*, Nomos, Baden-Baden, 2 Bände, 2012 und 2013.

III. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

- BAUER, Katharina: *Vergaberechtswidrige Verträge aus zivilrechtlicher Sicht. Unter besonderer Berücksichtigung des artículo 2d der Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG und dessen Umsetzung in deutsches Recht durch § 101b GWB*, Baden-Baden, Nomos, 2013.
- BECKHAUS, Gesa Kim: *Die Rechtsnatur der Erfüllung. Eine kritische Betrachtung der Erfüllungstheorien unter besonderer Berücksichtigung der Schuldrechtsmodernisierung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.
- FAENGER, Julia: *Leistungsunabhängige Nebenpflichten zum Schutz des Integritätsinteresses im deutschen und französischen Recht: eine rechtsvergleichende Betrachtung ausgehend von den Rücksichtspflichten des § 241 Abs. 2 BGB*, Lang, Frankfurt am Main, 2012.
- FERCSIK SCHNYDER, Orsolya: *Internet-Access-Providing-Verträge mit geschäftlichen und privaten Endkunden. Eine vertragsrechtliche Analyse nach schweizerischem Recht unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Europäischen Union*, Schulthess, Zürich/Basel/Genf, 2012.
- FORNASIER, Matteo: *Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht. Zugleich ein Beitrag zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013.
- FRICKE, Anne-Kristin: *Die Berücksichtigung von Begleitumständen bei der Auslegung schriftlicher schuldrechtlicher Verträge. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des europäischen, deutschen, französischen und englischen Rechts*, Logos, Berlin, 2012.
- KODEK, Georg E. (ed.): *200 Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) und Europäisches Vertragsrecht*, 23. Europäische Notarentage 2011, Manz, Wien, 2012.
- KONUKIEWITZ, Lars: *Die richterliche und die einseitige Vertragsauflösung wegen Nichterfüllung im französischen Recht und die aktuelle Reformdiskussion*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2012.

- MEYER, Linus: *Der Einfluss technischer Vorschriften und Regelwerke auf den Bauvertrag im englischen, französischen und deutschen Recht*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena 2013.
- NEFZGER, Alexander: *Vertragliche Abtretungsverbote*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013.
- RIEGEL, Christian: *Einheitliche unionsweite Geschäftsbedingungen für Verbraucherverträge. Lässt sich dieses Ziel verwirklichen?*, Nomos, Baden-Baden, 2013.
- WINKELHAUS, Jan-Dirk: *Der Bereicherungsausgleich bei fehlerhafter Überweisung nach Umsetzung des neuen Zahlungsdiensterechts*, Nomos, Baden-Baden, 2012.

IV. DERECHO DE CONSUMO

- BYDLINSKI, Peter – LURGER, Brigitta (eds.): *Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher. Entstehung, Inhalt, Umsetzung*, Manz, Wien, 2012.
- DETTMER, Silke: *Die Widerrufsrechte des Verbrauchers im System des niederländischen Rechts*, Kovač, Hamburg, 2012.
- MAISSEN, Eva: *Die automatische Vertragsverlängerung: unter dem Aspekt der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)*, Schulthess, Zürich, 2012.
- RIESENHUBER, Karl – KLINCK, Fabian – KARAKÖSTAS, Giannēs K. (eds.): *Information als Schutzinstrument. Grundlagen und Grenzen*, Nomos, Baden-Baden, 2013.
- SCHÜRSMANN, Dominik: *Die Novellierung der Pauschalreise-Richtlinie unter Berücksichtigung des deutschen Umsetzungsrechts. Harmonisierungsgrad, Anwendungsbereich und Informationspflichtenregime*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2012.
- WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, Aneta: *Consumer sales guarantees in the European Union*, Sellier, München, 2013.

V. DERECHO DE DAÑOS – RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

- BONN, Janine Alexandra: *Die Europäisierung des Persönlichkeitsrechts. Harmonisierungswirkungen des «Caroline»-Urteils des EGMR in Deutschland und England unter Berücksichtigung prozessualer und kollisionsrechtlicher Aspekte*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2013.
- DORNSCHIEDT, Henrik: *Grenzen der vertraglichen Gewinnhaftung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und englischen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013.
- KNETSCH, Jonas: *Haftungsrecht und Entschädigungsfonds. Eine Untersuchung zum deutschen und französischen Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- KOZIOL, Helmut: *Basic questions of tort law from a Germanic perspective*, Verlag Sramek, Wien, 2012.
- SCHUBERT, Claudia: *Die Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.
- SCHULZ, Markus: *Persönlichkeitsschutz juristischer Personen im europäischen Privatrecht*, Kovač, Hamburg, 2013.

VI. DERECHO EUROPEO DE BIENES

- BICKMANN, Hella: *Grundstückserwerb nach deutschem, spanischem und italienischem Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Cuvillier, Göttingen, 2012.
- LÉGRÁDI, Katalin: *Mobiliarsicherheiten in Europa*, Logos, Berlin, 2012.

VII. DERECHO DE COMPETENCIA

- GEORGII, Bernhard J.: *Formen der Kooperation in der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung im europäischen, deutschen und englischen Recht, unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Settlementverfahrens gemäß Verordnung Nr. 622/2008*, Nomos, Baden-Baden, 2013.
- HOLZINGER, Diana: *Marktmissbrauch und Nichtigkeit. Vertragsnichtigkeit bei Verstößen gegen das Marktmissbrauchsverbot*, Manz, Wien, 2012.

VIII. DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO

- ALBRECHT, Hendrik: *Die Streitsache im deutschen und englischen Zivilverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.
- ALTHAMMER, Christoph: *Streitgegenstand und Interesse. Eine zivilprozessuale Studie zum deutschen und europäischen Streitgegenstandsbegriff*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- ALTENKIRCH, Markus: *Die Sicherheitsleistung für die Prozesskosten. Ein Vergleich des deutschen und englischen Zivilprozessrechts und ein Vorschlag für das Schiedsverfahrensrecht*, Sellier, München, 2013.
- BRÖMMELMEYER, Christoph (ed.): *Die EU-Sammelklage. Status und Perspektiven. Tagung am 7. und 8. Mai 2012 in der Humboldt-Viadrina School of Governance in Berlin*, Nomos, Baden-Baden, 2013.
- EICHSTÄDT, Jan Ole: *Der schiedsrechtliche Acquis communautaire. Gleichzeitig ein Beitrag zur Frage von Maßnahmen der Europäischen Union zur Förderung der Schiedsgerichtsbarkeit*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2013.
- HAUFE, Stephanie: *Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz («KapMuG»)*. *Streitgegenstand des Musterverfahrens und Bindungswirkung des Musterentscheids*, Duncker & Humblot, Berlin, 2012.
- WENDENBURG, Felix: *Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

IX. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- BEHRENS, Christian H.: *Gesamtschuldnerausgleich und sonstige Regressansprüche im Europäischen Kollisionsrecht nach der Rom I-, Rom II- und EG-Unterhaltsverordnung*, Kovač, Hamburg, 2013.
- DOMARUS, Dorothea von: *Internationales Arzthaftungsrecht nach Inkrafttreten der Rom I- und Rom II-Verordnung. Ein Rechtsvergleich mit den USA*

- unter besonderer Berücksichtigung der Bundesstaaten New York, Kalifornien und Louisiana*, Lang, Frankfurt am Main, 2013.
- GROLIMUND, Pascal: *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht der Europäischen Union*, Dike, Zürich, 2013.
- HAUSER, Paul: *Eingriffsnormen in der Rom I-Verordnung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- KROLL-LUDWIGS, Kathrin: *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.
- MÖLL, Lisa B.: *Kollidierende Rechtswahlklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im internationalen Vertragsrecht*, Lang, Frankfurt am Main, 2012.
- RAUSCHER, Thomas: *Internationales Privatrecht, mit internationalem Verfahrensrecht*, 4. Aufl., Müller, Heidelberg, 2012.
- RICHTERS, Patrick: *Dienstleistungsfreiheit als Schranke des internationalen Privatversicherungsrechts. Zur Primärrechtskonformität der Rom I-, Rom II- und Brüssel I-VO in Versicherungssachen*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2012.
- VALDINI, Daniel: *Der Schutz der schwächeren Vertragspartei im internationalen Vertriebsrecht. Neue Wege der objektiven Anknüpfung von Franchise- und Vertriebsverträgen in der Rom I-Verordnung*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2013.
- VOGELER, Andreas: *Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

ESPAÑA

Legislación

MIRIAM ANDERSON*

Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social (BOE n. 116, de 15 de mayo de 2013)

Desde la aprobación de la Ley hipotecaria española en 1861 y sus importantes reformas durante la primera mitad del siglo xx, seguramente no ha habido época más convulsa que la actual para el sistema, tanto por la presión social a la que ha conducido la normativa aplicable a las ejecuciones hipotecarias en época de crisis, como por los envites a los que se ve sometida la vieja regulación desde distintos frentes, incluido el comunitario.

El más reciente golpe recibido por el procedimiento de ejecución hipotecaria regulado en los artículos 681 a 689 LEC vino de la mano de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (C-415/11, *Aziz*), si bien hacía ya años que la doctrina –y, posteriormente, la práctica judicial– reclamaba soluciones como las que impone la sentencia.

Procura dar respuesta a este mandato europeo la Ley 1/2013, de 14 de mayo, tramitada conjuntamente con la Iniciativa Legislativa Popular impulsora de la dación en pago obligatoria. Pese a que se formularon más de 200

* Profesora agregada de Derecho civil (Universitat de Barcelona).

enmiendas al texto presentado por la fuerza mayoritaria en el Parlamento, fue este, con muy ligeras variantes, el finalmente aprobado.

El pronunciamiento más trascendente de la referida STJUE consistió en entender que el procedimiento de ejecución hipotecaria contravenía el Derecho comunitario –en particular, la Directiva 1993/13– en la medida en que impedía que se suspendiese la ejecución ante la constatación de que el título en que el acreedor basaba su derecho contenía cláusulas abusivas y, además, tampoco podía asegurarse la efectividad de un eventual procedimiento declarativo entablado por el consumidor, puesto que no se prevé la posibilidad de adoptar una medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecución. La consecuencia es clara: el consumidor podía perder definitivamente la titularidad del inmueble, pese a que la ejecución se hubiese llevado a cabo con base en un clausulado abusivo. En efecto, el artículo 695 LEC reducía la oposición a la extinción del crédito o de la garantía y a la incorrecta liquidación, y el artículo 698 LEC claramente establecía –y sigue estableciendo– que cualquier otra razón que se quisiese esgrimir contra la ejecución pasaba por entablar un juicio declarativo, sin efecto alguno sobre la ejecución.

La Ley 1/2013 pone remedio a esta situación, incluyendo en el artículo 695.1 LEC una cuarta causa de oposición: «El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible». Formulada la oposición, se convoca a las partes a una comparecencia –como exige el derecho a la tutela judicial efectiva– y se prevé que, de estimarse la nueva causa de oposición, la consecuencia será el sobreseimiento de la ejecución, cuando la cláusula la fundamentase, o bien la continuación de la ejecución, con inaplicación de la cláusula abusiva.

El matiz introducido por el legislador relativo a la trascendencia de la cláusula para la ejecución parece acertado. Sabido es que las escrituras de crédito o préstamo hipotecario están plagadas de cláusulas a todas luces abusivas, pero no todas tienen repercusión en la ejecución. Así, por mencionar un caso extremo, la cláusula de vencimiento anticipado por falta de inscripción de la hipoteca, declarada nula por la STS de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010\702), por definición no tendrá cabida en este procedimiento, que exige para su inicio la existencia registral de la garantía. Lo mismo cabe decir respecto de las prohibiciones de vender o las absolutas de arrendar la finca hipotecada. En cambio, una cláusula de vencimiento anticipado por impago de pocas cuotas del préstamo sí fundamentará la ejecución y, por consiguiente, la apreciación de su carácter abusivo debe conducir al sobreseimiento. Por otro lado, las cláusulas que establecen intereses moratorios desproporcionados o las cláusulas suelo [*vid.* no obstante, la reseña a la STS de 9 de mayo de 2013 (JUR 2013\146287) en la sección de jurisprudencia nacional de esta misma crónica] tienen traducción directa en la liquidación de la cantidad por la que se ejecuta, por lo que es razonable que siga la ejecución, pero sin aplicación de la cláusula (recordemos que, al menos desde la STJUE de 14 de junio de 2012, C-618/10, el juez tiene vedada la integración).

Notemos que, en sede de ejecución hipotecaria, no se prevé expresamente el control de oficio de las cláusulas abusivas. La Ley 1/2013 recoge esta posibilidad en sede de ejecución ordinaria (art. 552.1, segundo apartado, LEC), además de incluir como nueva causa de oposición que el título contenga cláusulas abusivas (art. 557.1.7.ª LEC). Ambas vías producirán los mismos efectos (sobreseimiento o continuación sin aplicación de la cláusula) que en sede de ejecución hipotecaria (art. 561.1.3.º LEC). Huelga decir que

es acertada esta reforma de los preceptos relativos a la ejecución ordinaria, que podían haber quedado olvidados tras el alud de críticas centradas en la ejecución hipotecaria. Correlativamente, la reforma del artículo 129 LH permite que el notario encargado de la venta extrajudicial del inmueble suspenda las actuaciones si las partes le acreditan que han solicitado al órgano judicial competente que dicte resolución decretando la improcedencia de la venta, por existir cláusulas abusivas en el título, o su continuación sin la aplicación de las cláusulas abusivas. Además, si el notario advierte la existencia de cláusulas abusivas, debe ponerlo en conocimiento de los interesados.

Respecto del control de oficio de la abusividad, importa destacar que, si bien algunos jueces y tribunales entendían que el procedimiento de ejecución hipotecaria les encorsetaba de tal modo que se veían en la imposibilidad de ejercer el referido control, otros estimaban que la doctrina del TJUE relativa al proceso monitorio (recogida en la ya citada sentencia de 14 de junio de 2012) era igualmente aplicable a la ejecución hipotecaria y efectuaban el repetido control de abusividad, en cualquier fase del procedimiento (*vid.*, de nuevo, la sección de jurisprudencia nacional en esta misma crónica).

Conviene recordar que otros posibles motivos de oposición a la ejecución hipotecaria, que nada tienen que ver con el Derecho comunitario, como pudiera ser la nulidad del título por cualquier causa o la concurrencia de vicios del consentimiento en su otorgamiento, siguen sin tener cabida en el procedimiento.

En la cuestión prejudicial planteada al TJUE en el caso *Aziz* se solicitaba también que el Tribunal se pronunciase acerca del carácter abusivo o no de determinadas cláusulas; en concreto, la relativa a la liquidación de la deuda, la que establecía los intereses moratorios y la que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de una sola cuota del préstamo o crédito hipotecario. En este punto, el TJUE se limitó a apuntar los criterios a tener en cuenta para valorar la abusividad, remitiendo la decisión al juez nacional, a la vista de las circunstancias de la operación y de los restantes remedios de derecho interno.

La Ley 1/2013 contiene previsiones respecto de dos de estas cláusulas. Por lo que se refiere a los intereses moratorios, se añade un tercer párrafo al artículo 114 LH, en el sentido de limitar a tres veces el interés legal del dinero los intereses de demora en préstamos o créditos para la adquisición de la vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda; como regla general, se impide la capitalización de los intereses moratorios. Fijémonos que esta previsión, a diferencia de la contenida en el artículo 4 RDL 6/2012, también de nueva redacción, está prevista para todo deudor hipotecario, se encuentre o no en el umbral de exclusión que define el citado RDL. Sin embargo, la limitación establecida en el artículo 114 LH no ampara al hipotecante no deudor (así, los progenitores que han garantizado con su vivienda la adquisición por parte del hijo) ni tampoco al deudor hipotecario que haya garantizado con su vivienda préstamos distintos al destinado a financiar su adquisición. Literalmente, queda fuera de la norma incluso el préstamo concertado para la rehabilitación. A la vista de esta nueva previsión, surgen diversos interrogantes, pero quizá el más relevante consiste en averiguar cuál es la consecuencia de la declaración de nulidad de una cláusula de intereses moratorios que superen el triple del interés legal del dinero. Con anterioridad a la promulgación de esta norma, algunas resoluciones judiciales integraban a la baja el tipo de interés de demora; otras respetaban la prohibición de integración y despachaban ejecución por el capital, con exclu-

sión de los intereses moratorios, y otras, finalmente, entendían que, declarada nula la cláusula de referencia, procedía despachar ejecución por el capital debido más el interés de demora previsto en el artículo 1108 CC (por tanto, el interés legal), cosa que claramente no equivalía a integrar la cláusula. ¿Queda ahora sustituida la aplicabilidad del artículo 1108 CC por el artículo 114.3 LH, teniéndose por no puesto el porcentaje que supere el que expresa la norma? Si es así, el interés de demora que pagará quien cumpla los requisitos del artículo 114 LH será más alto que aquel consumidor que vea ejecutada su segunda residencia... ¿Era este el objetivo de la norma? Parece claro que no.

Esto nos conduce a otra reflexión. La preocupación principal en España en estos momentos es, y tiene que ser, la protección de la vivienda habitual (art. 47 CE). Por esta vía, no obstante, se va configurando un «estatuto jurídico» diferenciado de la hipoteca sobre la vivienda habitual, que puede tener repercusiones, claro está, en la concesión de crédito. Pero por lo que aquí nos concierne, es preciso recordar que la normativa comunitaria tiene por objeto la protección del *consumidor*, y que tan consumidor es quien adquiere un inmueble para hacer de él su vivienda habitual como quien compra un chalet en una zona turística. El control de abusividad que exige el TJUE rige para ambos.

Otra de las cuestiones que se plantearon al TJUE en el caso *Aziz* fue, como queda dicho, la posible ilicitud de los pactos de vencimiento anticipado por falta de pago de una sola cuota del préstamo o crédito hipotecario. También a esta cuestión pone remedio la Ley 1/2013, al dar nueva redacción al artículo 693.1 y 2 LEC. Se restringe la posibilidad de proceder a la ejecución hipotecaria al caso en que hayan dejado de pagarse tres plazos mensuales y el pacto de vencimiento anticipado, que debe constar en la escritura, no permitirá iniciar el procedimiento previsto en los artículos 681 y ss. LEC si no ha dejado de satisfacer el deudor al menos tres pagos mensuales. Aquí no se hace referencia alguna al carácter de vivienda habitual o no del inmueble y ni siquiera es preciso que el ejecutado sea un consumidor. Pero también aquí surgen interrogantes: ¿podría todavía el tribunal considerar abusivo un pacto de vencimiento anticipado por impago de tres cuotas de un préstamo a amortizar en 480 mensualidades? En segundo lugar, ¿podría declararse el vencimiento anticipado y proceder a la ejecución ordinaria de título extrajudicial tras la falta de pago de una sola mensualidad? La restricción se establece solo para la ejecución hipotecaria, aunque seguramente subyace la idea de que se podrá extraer de esta norma un principio general aplicable a toda ejecución.

Hasta aquí las novedades directamente influidas por el Derecho europeo y su interpretación por parte del TJUE. Sin embargo, la Ley 1/2013 contiene también otras previsiones, que reseñamos brevemente.

En primer lugar, la Ley recoge la moratoria de lanzamientos contenida en el RDL 27/2012 (capítulo I). Eleva los ingresos mínimos en caso de discapacidad para que el ejecutado pueda ser considerado especialmente vulnerable y alarga la suspensión de lanzamientos hasta los dos años contados desde la entrada en vigor de la Ley. Esta medida sigue sin beneficiar a hipotecantes no deudores, puesto que debe tratarse siempre de préstamos o créditos garantizados con hipoteca sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedidos para la adquisición de la misma (art. 1.3 d). En la EM se anuncia que el interés de demora sobre la deuda residual no puede superar el interés remuneratorio incrementado en dos puntos; sin embargo, esta previsión se contie-

ne en el artículo 4 RDL 6/2012, reformado, pero no en este primer capítulo dedicado a la moratoria de lanzamientos.

Por otro lado, el capítulo II reforma, además de los artículos 114 y 129 LH, ya mencionados, el artículo 21 LH, en el sentido de imponer que en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda conste el carácter habitual o no que pretenda atribuirse a la misma, generándose una presunción *iuris tantum* conforme a la cual, en el momento de la ejecución el inmueble, se entiende que el inmueble siendo vivienda habitual, si así se hizo constar en la escritura.

El mismo capítulo II reforma la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en la línea de continuar la separación de las sociedades y servicios de tasación de las entidades financieras. Destaca la posibilidad de que el cliente de entidades financieras aporte su propia tasación, siempre que la realice un tasador homologado. El rechazo por parte de la entidad de crédito se considera infracción grave o muy grave (art. 3 bis I). Por otro lado, se reforma el artículo 5 de la referida Ley en el sentido de que el préstamo o crédito garantizado para financiar la adquisición de la vivienda familiar no podrá exceder, a efectos de su titulación, de 30 años, y se elimina la posibilidad de solicitar ampliación de hipoteca en caso de devaluación del inmueble (cosa que necesariamente afecta al artículo 9 RD 716/2009 que, afortunadamente, no se ha venido aplicando en los últimos tiempos). Finalmente, como norma de transparencia con rango de ley, el artículo 6 de la Ley 41/2007 prevé que, en la contratación de préstamos hipotecarios, se incluya una expresión *manuscrita* por parte del cliente, en los términos que marque el Banco de España, por la que manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato, siempre que el prestatario sea persona física y la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar la propiedad de terrenos o edificios construidos o por construir y que en los contratos se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, «en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza» (frase tautológica donde las haya, que requiere un importante esfuerzo interpretativo); o que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés (así, un SWAP de interés); o que se concedan en una o varias divisas. Como rápidamente se comprueba, se trata de una exigencia que va más allá, en cuanto al formalismo exigido, de las obligaciones de información contenidas en la Propuesta de Directiva sobre los contratos de crédito sobre bienes inmuebles para uso residencial, de 31 de marzo de 2011 [COM(2011) 142 final].

El capítulo III contiene las reformas de la LEC. Además de las ya señaladas, para el caso de ejecución de vivienda habitual se limitan las costas exigibles al 5% de la cantidad reclamada (art. 575 LEC) y se añade un segundo apartado al artículo 579 LEC que, lejos de suponer una adecuada regulación del concurso de personas físicas (en nada ha quedado, de momento, la previsión contenida en la DA única de la Ley 38/2011), se limita a establecer una posibilidad de reducción de la deuda residual pendiente en caso de que el deudor sea capaz de satisfacer el 65% de la cantidad pendiente, incrementada solo con el interés legal del dinero, en un plazo de cinco años, o bien el 80% en un plazo de diez años. Sin embargo, no parece que ello impida la ejecución, puesto que simplemente se prevé que, de procederse a ella, quede a disposición del deudor el remanente. Por otro lado, el mismo artículo 579 LEC establece que si la adjudicataria de la vivienda la enajena

en los diez años siguientes, la deuda residual se verá disminuida en el 50% de la plusvalía obtenida por el ejecutante. En otro orden de cosas, se flexibilizan los requisitos para pujar (art. 647) y para abonar el precio del remate (art. 670.1), se potencia el portal de subastas electrónico del Ministerio de Justicia (art. 668), se facilita la inspección del inmueble por los postores y se prevé una eventual reducción de la deuda para el deudor que muestre una actitud colaborativa (cosa que puede no depender del deudor; *v.gr.* cuando el inmueble esté alquilado) (art. 691.2). Se establece una nueva regla de imputación de pagos (art. 654.3) y se reduce de cinco a tres años el plazo mínimo para volver a enervar la ejecución sobre la vivienda y se modaliza la tasación de costas (art. 693.3). Destaca especialmente la elevación del valor por el que el ejecutante puede adjudicarse el inmueble en caso de quedar desierta la subasta de la vivienda habitual del ejecutado, que pasa del 60% (introducido por el RDL 8/2011) al 70%, siempre sobre el valor de tasación de la finca al tiempo del otorgamiento de la escritura (art. 671.1 LEC); es la única concesión que se hace a las reivindicaciones tendentes al establecimiento de la «dación en pago obligatoria». Por otro lado, el tipo para la subasta no puede ser inferior al 75% del valor de tasación (art. 682.2.1ª).

El último capítulo de la Ley reforma el RDL 6/2012, de 9 de marzo, tanto por lo que se refiere a los requisitos para acogerse a las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas, como a estas mismas. Sin embargo, y pese a que se han incrementado los precios de adquisición del inmueble a efectos de poder solicitar la reestructuración –se mantienen igual para forzar la dación en pago–, es de prever que siga tratándose de un mecanismo del que podrán beneficiarse pocos deudores, debido a lo elevado de los precios de la vivienda en los años de auge del sector inmobiliario, especialmente en algunos territorios, para los que la previsión legislativa revela una total desconexión con la realidad. Como innovación positiva, se encuentra el hecho de que se amplíe la protección que pueda brindar el RDL a «avalistas hipotecarios» (art. 2), que seguramente son los hipotecantes no deudores a los que se refiere el artículo 3 bis; en este nuevo precepto se menciona a los fiadores, para otorgar a unos y otros el beneficio de excusión.

Pese a que en el título de la Ley se incluye una referencia al alquiler social, el texto se limita a habilitar al Gobierno para que promueva, con el sector financiero, la constitución de un fondo social de viviendas (DA 1ª). Una valoración más positiva merece la exención de la obligación de devolver las ayudas estatales para la adquisición de viviendas de protección oficial en caso de dación en pago o reestructuración (DA 4ª).

En cuanto al régimen transitorio, vale la pena destacar la aplicabilidad del nuevo artículo 114.3 LH a los intereses de demora que se devenguen con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, incluso cuando ya se estuviera en fase de ejecución (DT 2ª) y la aplicabilidad de las disposiciones de la Ley en general a los procedimientos en curso (DT 1ª), con los matices que presenta la DT 4ª en cuanto a la apertura de un plazo para oponer la existencia de cláusulas abusivas y con el considerable desconcierto en cuanto al momento hasta el cual pueden formularse estas oposiciones, que se cifra, por algún motivo desconocido, en la puesta en posesión del inmueble al adquirente, mientras que en caso de venta extrajudicial el momento que se toma como preclusivo es el de la adjudicación (DT 4ª). Por último, interesa resaltar que la DF 1ª permite, temporalmente, la disposición de planes de pensiones en caso de ejecución sobre la vivienda habitual.

ITALIA

Bibliografía

LORENZO BAIRATI *
BARBARA PASA **

- ALPA, Guido - BONELL, Michael J. - CORAPI, Diego: *Diritto privato comparato: istituti e problemi*, Laterza, Roma, Bari, 2012, pp. 497, ISBN 978-88-420-9954-3.
- BAIRATI, Lorenzo: *La responsabilità per fatto del giudice in Italia, Francia e Spagna, fra discipline nazionali e modello europeo*, Collana Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, pp. X-326, ISBN: 9788849526202.
- BENACCHIO, Gian Antonio - CARPAGNANO, Michele (a cura di): *I rimedi civili agli illeciti anticoncorrenziali: private enforcement of competition law*, Atti del III Convegno di studio presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Trento, 15-16 aprile 2011 [Assago], Cedam, Padova, 2012, ISBN 9788813331030.
- BONATO, Giovanni: *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Collana: Univ. La Sapienza - Dip. scienze giuridiche, Jovene, Napoli, 2012, pp. 384, ISBN 8824321283, ISBN-13 9788824321280.
- BONFATTI, Sido - FALCONE, Giovanni (a cura di): *Soluzioni negoziali e istituti «preconcorsuali» nella gestione delle crisi*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. IX-362, ISBN 88-14-17535-7.
- BRIOLINI, Federico - GAMBINI, Maria Luisa: *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Problemi di diritto civile, commerciale e comparato*, Amon, Dicembre 2012, pp. 420, ISBN 8866031291/ ISBN-13 9788866031291.
- BRUTTI, Nicola: *Responsabilità civile e attori secondari. Il caso della scheme liability tra esperienza statunitense e dibattito europeo*, Collezione Temi di diritto privato e pubblico, Giuffrè, Milano, 2012, pp. XI-284, ISBN 978-88-14-17668-5.
- CALLIANO, Oreste (a cura di): *Informazione e trasparenza nei contratti asimmetrici bancari, finanziari e assicurativi e diritti del consumatore europeo*, con la collaborazione di Matteo Losana e Cristina Poncibò, Giappichelli, Torino, 2013, pp. XIV-214, ISBN 978-88-348-3990-4.
- CATANOSI, Stefania: *La fideiussioni prestate dai prossimi congiunti. Saggio di diritto comparato*, Iseg Gioacchino Scaduto, Novembre 2012, pp. 120, ISBN 8895448359/ ISBN-13 9788895448350.
- CERCHIA, Rossella - MARCHETTI, Carlo: *Il contract in Inghilterra. Lezioni e materiali*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. VIII-259, ISBN 978-88-348-3807-5.
- CERINI, Diana: *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. XVIII-519, ISBN 978-88-14-17452-0.
- COFRANCESCO, Giovanni: *I beni culturali. Profili di diritto internazionale e comparato*, ECIG, Genova, Novembre 2012, pp. 398, ISBN 8875442738/ ISBN-13 9788875442736.

* Investigador postdoctoral de Derecho comparado (Universidad de Torino).

** Professoressa Associada de Derecho comparado (Universidad de Torino).

- CUOCCI, Valentina Vincenza: *Dall'assicurazione obbligatoria R.C. auto alla no-fault insurance. Uno studio comparativo dei sistemi di traffic accident compensation*. Giuffrè, Milano, 2013, pp. XVI-277, ISBN 88-14-18043-1.
- DEL PRATO, Enrico: *Requisiti del contratto*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 101, ISBN 88-14-16916-0.
- DUVIA, Paolo: *Il principio di conformità nella conclusione del contratto*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. VI-226, ISBN 88-14-17429-6.
- FEOLA, Maria: *Le obbligazioni di sécurité*, Studi di diritto comparato, collana diretta da Aldo Berlinguer, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 432, ISBN 978-88-348-3744-3.
- FIorenza, Katia: *La determinazione esterna del corrispettivo contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pp. 244, ISBN 9788849524611.
- FRIGNANI, Aldo - BARIATTI, Stefania (a cura di): *Disciplina della concorrenza nella U.E.*, in GALGANO, Francesco, Trattato di diritto commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia, Cedam, Padova 2013, pp. 950, ISBN 978-88-13-32843-6.
- GUARNERI, Attilio: *Lineamenti di diritto comparato*, Padova, Cedam, 5 edizione, 2012, pp. X-386, ISBN 978-88-13-32602-9.
- HAUPT, Günter: *Sui rapporti contrattuali di fatto*, Studi di diritto comparato, collana diretta da Aldo Berlinguer Edizione italiana di Giovanni Varanese, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 80, ISBN 978-88-348-3795-5.
- LAMBO, Luigi: *Willful breach e inadempimento doloso*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. X-214, ISBN 978-88-348-3668-2.
- MANCALEONI, Anna Maria: *Diritto europeo e tort(s) law*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. VI-162, ISBN 978-88-348-3946-1.
- MATERA, Pierluigi: *Il patto di famiglia. Uno studio di diritto interno e comparato*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. X-262, ISBN 978-88-348-3860-0.
- MATERA, Pierluigi - SBARBARO, Ferruccio Maria (a cura di): *Saggi di diritto commerciale interno e comparato*, Collana Studi e dialoghi giuridici, Eurilink, Roma, 2013, pp. XIV-392, ISBN: 8897931022/ ISBN-13: 9788897931027.
- NOVIELLO, Daniela: *Mediation. Composizione contrattuale delle controversie e intervento del terzo*, Comparazione e Diritto Civile, Giappichelli, Torino, 2012, pp. X-190, ISBN: 8834838599/ ISBN-13: 9788834838594.
- OMODEI-SALEI, Riccardo: *La detenzione e le detenzioni: unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, Cedam, Padova, 2012, pp. XVIII-262, ISBN 978-88-13-30226-9.
- PACILEO, Piervincenzo: *La responsabilità bancaria: uno studio comparatistico*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. X-310, ISBN 978-88-348-3845-7.
- PARISI, Annamaria Giulia: *Colpa e dolo nella responsabilità. Saggi di diritto comparato*, collana Comparazione e Diritto Civile, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 380, ISBN 978-88-348-3857-0.
- PENNICINO, Sara: *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2012, pp. 140, ISBN: 8838765693/ ISBN-13: 9788838765698.
- PERA, Alessandra: *Il diritto di famiglia in Europa. Plurimi e simili o plurimi e diversi*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 156, ISBN 978-88-348-2897-7.
- PIZZETTI, Franco: *Il caso del diritto all'oblio*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. XVI-236, ISBN 978-88-348-2816-8.
- PIZZETTI, Franco: *Il caso del diritto di autore*, 2 edizione, Giappichelli, Torino, 2013, pp. XVIII-174, ISBN 978-88-348-9202-2.

- PORTALURI, Pier Luigi (a cura di): *L'Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pp. VIII - 526, ISBN 9788849525595.
- RESCIGNO, Pietro (a cura di): *Codici. Storia e geografia di un'idea*, con una nota di F. Caggia, Roma-Bari, Laterza, 2013, pp. xiii-271, ISBN 9788842098478.
- RESTA, Giorgio - ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo (a cura di): *Riparare, Riscrivere, Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 520, ISBN 978-88-6342-415-7.
- RICCI, Sergio: *Trust e non profit: il trust Onlus, il trust di scopo di pubblica utilità, il charitable trust, il trust a favore di soggetti svantaggiati, l'ente non profit come trustee o protector, l'accountability del trust di pubblica utilità, gli aspetti tributari del trust, il trust e gli enti non profit*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2013, pp. 303, ISBN 978-88-387-7716-0.
- RICCIO, Giovanni Maria: *Copyright collecting societies e regole di concorrenza: un'indagine comparatistica*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. VII-252, ISBN 978-88-348-3841-9.
- ROSSI, Piercarlo: *Diritto europeo e valutazione di impatto della regolazione. Profili comparatistici*, 2012, pp. VIII-144, ISBN 978-88-348-3752-8.
- RUSSO, Giuseppe: *Il sistema previdenziale in Europa. «Analisi dei diversi contesti in ambito comparato»*, Cesd, 2012, ISBN: 8897832199/ ISBN-13: 9788897832195.
- SALITO, Gelsomina: *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, Collana: Comparazione e Diritto Civile, Giappichelli, Torino, 2012, pp. VIII-185, ISBN: 8834838440/ ISBN-13: 9788834838440.
- STAZI, Andrea: *Innovazioni biotecnologiche e brevettabilità del vivente. Questioni giuridiche e profili bioetici nei modelli statunitense ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. X-302, ISBN 978-88-348-3691-0.
- TERLIZZI, Giulia: *Il contratto immorale tra regole giuridiche e regole sociali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pp.140, ISBN 9788849524581.
- TOLINO, Serena: *Atti omosessuali e omosessualità fra diritto islamico e diritto positivo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, pp. 304 - XII, ISBN 9788849523874.
- TORINO, Raffaele: *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 320, ISBN 978-88-348-3840-2.
- TROILO, Silvio: *Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello stato sociale*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. XIII-456, ISBN 978-88-14-18019-4.
- TROISI, Claudia: *Divieto di discriminazione e forme di tutela. Profili comparatistici*, Collana: Comparazione e Diritto Civile, Giappichelli, Torino, 2012, pp. IX-241, ISBN: 8834838386/ ISBN:13 9788834838389.
- VANNI, Domitilla: *Riservatezza e privacy: Un'indagine comparatistica*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. IV-196, ISBN 978-88-348-3933-1.

Espacio Judicial Europeo, Derecho Procesal, Derecho de Contratos, derechos reales, derecho de Familia, Derecho Antidiscriminación, Derecho de Autor y Derecho de Daños en la Unión Europea

I. Espacio judicial europeo

BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS*

1. **Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I bis)**

El pasado diciembre se aprobó finalmente el instrumento de reforma del conocido Reglamento 44/2001 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I). En las anteriores crónicas he ido dando noticia de las diferentes etapas de su largo proceso legislativo (2 años). El resultado lamentablemente ha defraudado a muchos pues se ha quedado muy lejos de la inicial Propuesta.

El nuevo instrumento entró en vigor a los 20 días de su publicación en el DOUE, si bien la aplicación de sus normas de CJI y de reconocimiento y ejecución está prevista para el 10 de enero de 2015. Ello significa que las nuevas normas de CJI serán aplicables a las acciones judiciales ejercitadas a partir de esa fecha (10-1-2015). Dicho instrumento deroga el Reglamento 44/2001 (art. 80). Excepto Dinamarca, todos los Estados miembros se encuentran vinculados por el mismo. No obstante, respecto de Dinamarca el Preámbulo (cdo 41) prevé que dicho país pueda aplicar las modificaciones introducidas en el nuevo Reglamento en virtud del Acuerdo de 2005 entre la CE y Dinamarca relativo a la aplicación del Reglamento 44/2001.

No pretendo llevar a cabo un análisis exhaustivo de las reformas introducidas pues no es lugar para ello, sino simplemente aportar una breve descrip-

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado (Facultad de Derecho de ESA-DE-Ramon Llull).

ción de las mismas. Como se recordará por las crónicas anteriores, dos eran los principales objetivos de la reforma. Por un lado, la supresión del procedimiento intermedio para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, esto es, la supresión del exequátur. Por otro, la extensión de las normas de CJI previstas en el reglamento a los demandados domiciliados en terceros Estados.

El primero de los objetivos se ha logrado, aunque la supresión del exequátur ha venido acompañada de salvaguardas procesales de mayor envergadura de lo que se planteó inicialmente. En efecto, a pesar de que el artículo 39 prevé que las resoluciones de un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en el «gozarán también de esta en los demás Estados miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva», los artículos 45 y 46 permiten a cualquier parte interesada y a la persona contra la que se insta la ejecución, solicitar la denegación del reconocimiento y la ejecución por una serie de causas tasadas. De hecho, las causas previstas ya figuraban en los artículos 34 y 35 del Reglamento 44/2001 y son: el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido; la resolución se ha dictado en rebeldía, si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma tal y con si la resolución es inconciliable con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido; la resolución es inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado miembro o un Estado tercero entre las mismas partes en un litigio que tenga el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido, o en caso de conflicto de la resolución con lo dispuesto en las secciones correspondientes al contrato de seguro, trabajo y consumo o competencias exclusivas.

El Reglamento prevé un modelo de formulario (anexo I) para la expedición de un certificado acreditativo de la fuerza ejecutiva de la resolución y otros elementos de la misma, cuya presentación es necesaria para la ejecución. Tal y como prevé el artículo 43 del Reglamento 1215/2012, cuando se inste la ejecución de una resolución y antes de la primera medida de ejecución en el Estado requisito, se notificará el certificado expedido a la persona contra la que se insta la ejecución, acompañado de la resolución si esta todavía no se le ha notificado. Los artículos 46 y ss contiene el procedimiento relativo a la denegación de la ejecución.

Existe por tanto, un control en el Estado requerido. La diferencia fundamental con el Reglamento 44/2001 es que no hay un procedimiento especial para obtener la declaración de ejecutividad (la sentencia ya tiene dicho efecto) pero se puede denegar la ejecución por los mismos motivos que el Reglamento 44/2001 prevé para denegar la declaración de ejecutividad.

El segundo objetivo sólo se ha alcanzado en dos ámbitos: los contratos de consumo y de trabajo, lo que muestra la intención tuitiva de la modificación. Ya en su momento me mostré totalmente favorable a dicha extensión. Junto a este objetivo tuitivo, la Propuesta pretendía además suprimir la necesidad de recurrir a los ordenamientos internos para determinar la competencia judicial internacional cuando el demandado no está domiciliado en un EM (sin perjuicio de los supuestos de competencias exclusivas y autonomía de las partes para la elección del tribunal competente). Con ello, se eliminaban las distorsiones creadas por la disparidad de normas nacionales de CJI y se seguía la tendencia actual de los nuevos Reglamen-

tos comunitario de extender su ámbito de aplicación a toda situación internacional sin consideración del domicilio de las partes (ámbito de aplicación general). Lamentablemente no se ha conseguido alcanzar plenamente dichos objetivos.

Respecto de los foros de competencia judicial internacional se introduce en artículo 7, párrafo 4, un foro especial a favor del lugar de situación de los bienes culturales definidos como tales en la Directiva 93/7/CEE sobre las acciones de restitución de tales bienes.

Respecto de los acuerdos de elección de foro se incluyen dos modificaciones cuyo objeto es mejorar la eficacia de los acuerdos de elección de foro. Por un lado, se elimina la exigencia prevista por el antiguo artículo 23 RBI de que la menos una de las partes estuviera domiciliada en la Comunidad, y correlativamente desaparece el apartado tercero de dicho precepto pues ya no tiene sentido establecer una regla negativa de competencia para los supuestos en que las dos partes están domiciliadas fuera de ella. En segundo lugar, se introduce una norma de conflicto uniforme respecto de la validez sustantiva de los acuerdos de elección de foro, garantizando así un resultado similar en esta cuestión sea cual sea el tribunal al que se somete el asunto. Ambas modificaciones corresponden a las soluciones establecidas en el Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro de 2005, lo que facilitará la eventual adhesión de la Unión Europea a dicho Convenio.

Respecto de la litispendencia, el Reglamento 1215/2012 introduce también dos modificaciones. En primer lugar, se da prioridad al tribunal designado por una cláusula de elección de foro para decidir sobre su competencia, independientemente de si se le ha sometido el asunto en primer o en segundo lugar. Cualquier otro tribunal debe suspender el procedimiento hasta que el tribunal designado por la cláusula se haya declarado competente o, en caso de que el acuerdo sea inválido, se haya inhibido. De esta forma se solventa el conocido «torpedo italiano» originado en la jurisprudencia del TJCE (Sentencia Gasser). En segundo lugar, se prevé la litispendencia entre tribunales de EM y tribunales de Estados terceros que estuvieren conociendo con anterioridad del mismo litigio. Es un régimen distinto al previsto para los casos de litispendencia comunitaria y que solo se aplicará en determinadas circunstancias previstas en el artículo 33.

Según el Preámbulo (cdo 25) el concepto de medidas provisionales y cautelares debe incluir, entre otras, las destinadas a obtener información o a conservar pruebas a que se refieren los artículos 6 y 7 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. No debe incluir medidas que no sean de naturaleza cautelar, como las medidas por las que se ordena la audiencia de un testigo. Esto se entiende sin perjuicio de la aplicación del Reglamento (CE) n.º 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

Como se recordará la Propuesta incluía como objetivo el mejorar la articulación entre el Reglamento y el arbitraje y de ahí que incluyera una disposición específica sobre la relación entre el arbitraje y la vía judicial. En ella se obligaba a un tribunal al que se hubiera sometido un asunto a suspender el procedimiento si se impugnaba su competencia en virtud de un convenio arbitral y se hubiera sometido el asunto a un tribunal arbitral o

si se hubiera ejercitado una acción judicial relativa al convenio de arbitraje en el Estado miembro sede del arbitraje. Con ello se pretendía mejorar la eficacia de los convenios arbitrales en Europa y evitar procedimientos judiciales y arbitrales paralelos. No obstante, el Reglamento 1215/2012 no incluye ninguna norma al respecto. Sí se refiere al arbitraje en el preámbulo (cdo 12) donde se establece que el Reglamento no se aplica al arbitraje pero que ello no impide que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de arbitraje remita a las partes al arbitraje o bien suspenda o sobresea el procedimiento, o examine si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional. Esta norma ha de entenderse sin perjuicio de la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para resolver sobre el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales con arreglo al Convenio sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 («el Convenio de Nueva York de 1958»), que prevalece sobre el Reglamento. Además, continúa el cdo 12, el presente Reglamento no debe aplicarse a ningún procedimiento incidental ni acción relacionados, en particular, con la creación de un tribunal arbitral, las facultades de los árbitros, el desarrollo del procedimiento de arbitraje o cualesquiera otros aspectos de tal procedimiento, ni a ninguna acción o resolución judicial relativa a la anulación, revisión, apelación, reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral.

2. **Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se facilita la libertad de circulación de los ciudadanos y de las empresas, simplificando la aceptación de determinados documentos públicos en la Unión Europea, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012, COM(2013) 228 final (Bruselas, 24.4.2013)**

Tal y como justifica la Comisión en el documento que se comenta, a pesar de que las libertades de circulación y de residencia, así como las demás libertades del mercado interior están firmemente ancladas en el Derecho primario y se desarrollan en el Derecho secundario, existe un desfase entre las disposiciones legales vigentes y la realidad vivida por los ciudadanos y empresas que pretenden ejercer esos derechos en la práctica. En efecto, cuando se ejercen estas libertades, por ejemplo optando por residir o desempeñar su actividad económica en otro Estado miembro, se enfrentan a una serie de dificultades a la hora de presentar los documentos públicos necesarios a las autoridades y conseguir que ese Estado miembro los acepte siguiendo una práctica contraria a la aplicada a sus propios nacionales y empresas. Todos estos documentos pretenden dar fe de los hechos registrados por una autoridad y en la mayoría de los casos se presentan para obtener acceso a un derecho, recibir un servicio o cumplir con una obligación. Incluso cuando dichos documentos son plenamente legales en el país de origen, los ciudadanos y las empresas deben igualmente someterse a engorrosos y desproporcionados trámites para demostrar su autenticidad en el otro Estado miembro, aun cuando son plenamente legales y no plantean ningún tipo de problema en el país de origen. A fin de determinar su autenticidad y poderlos utilizar fuera del Estado miembro expedidor, hay que someterlos a determinados trámites administrativos,

como la legalización y la apostilla, confirmando la veracidad de la firma o la calidad en la que ha actuado el signatario de un documento. Otros trámites similares son la certificación de las copias y la exigencia de traducciones juradas.

Son diversas las fuentes, convencionales y/o internas que contiene normas relativas a la legalización de documentos públicos y la apostilla, presentando importantes diferencias entre ellas. De ello se desprende falta de claridad y un marco reglamentario que no ofrece la seguridad jurídica que las empresas y los ciudadanos europeos necesitan. Existen, según la Comisión varios factores que justifican la intervención de la UE:

1. El aumento de la movilidad dentro de la UE de ciudadanos y empresas de la Unión que deben realizar los trámites definidos, con el desembolso y la pérdida de tiempo consiguientes.
2. La discriminación indirecta de los nacionales de otros Estados miembros con respecto a los nacionales en situaciones transfronterizas.
3. El fragmentado marco jurídico existente en el ámbito de la UE e internacional en lo que se refiere a la legalización, la Apostilla y la cooperación administrativa.
4. Las deficiencias de la legislación de la UE y del Derecho internacional en lo referente a la circulación de documentos públicos.

La propuesta pretende simplificar los trámites administrativos definidos con el fin de facilitar y potenciar el ejercicio del derecho de libre circulación dentro de la UE, por parte de los ciudadanos, y el derecho de establecimiento y prestación de servicios por parte de las empresas, reafirmando al mismo tiempo el interés público general de asegurar la autenticidad de los documentos públicos. Concretamente, la propuesta pretende: reducir las dificultades prácticas originadas por los trámites administrativos definidos, recortando concretamente las formalidades burocráticas, los costes y las demoras; reducir los costes de traducción relacionados con la libertad de circulación de documentos públicos dentro de la UE; simplificar el fragmentado marco jurídico que regula la circulación de documentos públicos entre Estados miembros; asegurar un nivel más eficaz de detección del fraude y la falsificación de documentos públicos; eliminar todo riesgo de discriminación entre ciudadanos y empresas de la UE.

De esta forma la propuesta racionaliza las reglas y los procedimientos actualmente aplicados entre los Estados miembros para la verificación de la autenticidad de determinados documentos públicos y, al mismo tiempo, completa la legislación sectorial de la Unión, incluidas las disposiciones relativas a la circulación de documentos públicos específicos, aboliendo los requisitos de legalización y apostilla y simplificando el uso de las copias y las traducciones. Se inspira en la legislación sectorial del UE y en los instrumentos internacionales pertinentes, y al mismo tiempo refuerza la confianza en los documentos públicos expedidos en otros Estados miembros de origen. La propuesta no modifica –si bien la complementa– la legislación sectorial vigente de la Unión que contiene disposiciones sobre legalización o trámite similar, otros trámites o cooperación administrativa.

II. Derecho de obligaciones y contratos en la Unión Europea

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS*

I. Propuesta de Reglamento sobre una normativa común de compraventa europea (COM (2011) 635 fin), de 11 de octubre de 2011 (CESL)

El Parlamento europeo emitió un informe, el pasado 8 de noviembre de 2011 (P7_TA((2011)0262) en el que apoyaba la iniciativa de la Comisión de elaborar un instrumento opcional (*vid. ADC*, 2012, 1, pp. 313-314). El informe de impacto de la Comisión (*vid. infra* I.3) insiste en las ventajas económicas que reportaría su aprobación. Se conocen también las opiniones de algunos Estados miembros, abiertamente contrarias a la adopción del instrumento opcional (*vid. ADC*, 2012, 3, pp. 1275-1277). Igualmente, el pasado 1 de junio de 2012, la Presidencia del Consejo se hizo eco de la Propuesta de Reglamento (*ADC*, 2013, 1, p. 348). A continuación se da cuenta de los nuevos pasos que se han dado en el camino hacia la eventual aprobación del instrumento.

1. Documento de trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos

La Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento europeo ha elaborado un documento de trabajo [COM (2011)0635 -C7-0329/2011-2011/0284(COD)], datado el 8 de octubre 2012, cuyos ponentes son Luigi Berlinguer y Klaus-Heiner Lehne (PE497.786v01-00), en el que se realiza un primer planteamiento sobre cuestiones generales del instrumento opcional y, en un anexo, se vierten algunas consideraciones específicas sobre el articulado. En el documento se apunta la necesidad de debatir con más detenimiento las cuestiones planteadas. En el I Proyecto de Informe, de 6 de marzo de 2013, se contienen, en concreto, las enmiendas a la redacción actual del instrumento opcional. Otras enmiendas al Proyecto de informe presentado por los coponentes pueden leerse en la página web de la Comisión de Asuntos Jurídicos.

a) Planteamiento general

Los ponentes consideran que el texto debe ser más sencillo de utilizar y consideran convenientes cambios en la estructura, aunque, de momento, no abordan todas las que serían necesarias. No dudan de que la base competencial es el artículo 114 TFUE, puesto que si con el instrumento opcional se trata de crear un segundo régimen es evidente que ello comporta una labor de aproximación de legislaciones. Por otro lado, aplauden la utilidad de un instrumento opcional, sin otros argumentos que la remisión a un informe encargado por el propio Parlamento a propósito de la utilidad de este tipo de medidas («Implementation of optional instruments within European Civil Law», disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/juri/studies->

* Profesora Titular de Derecho civil (Universidad de Barcelona). El trabajo forma parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo de investigación consolidado 2009 SGR 221.

download.html?languageDocument=EN&file=72928). Insisten en que la relación con el Reglamento Roma I, en especial con el artículo 6, debe ser lo más clara posible –debe quedar claro que el acuerdo de utilizar el instrumento opcional no implica una elección entre ordenamientos jurídicos, sino entre dos regímenes distintos dentro del mismo ordenamiento jurídico nacional–, y concluyen que el instrumento optativo debe ofrecer un nivel de protección de los consumidores muy elevado, también en interés de las empresas. Efectivamente, se entiende que estas solo podrán beneficiarse del instrumento opcional si los consumidores de todos los Estados miembros confían en que, al optar por él, no se verán privados de protección.

En cuanto al ámbito de aplicación, los ponentes se reservan el derecho a estudiar posibles ampliaciones a cuestiones como la capacidad o la representación, que tienen su importancia en el comercio en línea. Consideran, además, que no es preciso que las empresas que puedan beneficiarse del instrumento opcional deban ser necesariamente PYMES. La limitación a los contratos transfronterizos también es cuestionada, dado que el progresivo incremento de compras *on line* o a través de móvil difumina las diferencias entre contratos nacionales y transfronterizos. Los ponentes se plantean si no sería conveniente limitar la aplicación del instrumento opcional únicamente a los contratos a distancia y, muy en particular, a los negocios *on line*, que es el sector que principalmente se contempla (y cuya regulación se amplía con la referencia específica a los servicios de almacenamiento en la nube). El concepto de contrato a distancia se amplía a los contratos con empresarios. Se admite expresamente la aplicación del instrumento opcional a los contratos no concluidos a distancia, siempre que las negociaciones se celebren a distancia. Se regula la posibilidad de aplicar el instrumento opcional a contratos vinculados y mixtos. Otras opiniones de los ponentes se refieren a las medidas de acompañamiento. Así, celebran la creación de una base de datos jurisprudencial sobre aplicación del instrumento opcional; advierten de la necesidad de que los comentarios al texto de los artículos del instrumento opcional o la creación de un consejo consultivo que interprete las dudas que pueda sugerir su aplicación (supuesto que el TJUE no deba asumir ese cometido, algo que los ponentes sugieren estudiar) aseguren la calidad e independencia, de forma que, en especial los consumidores, puedan tener confianza en la asistencia que prestarían. Adicionalmente, consideran necesario establecer alguna fórmula en el texto que remita a la resolución alternativa de litigios e instan a la Comisión a redactar modelos de contratos-tipo, que consideran crucial para el éxito del instrumento opcional.

b) Cuestiones específicas sobre el articulado

Los ponentes plantean la necesidad de determinar con precisión el alcance de las restricciones a las cláusulas abusivas y los criterios correspondientes y advierten que estos tendrán que ser claros y cercanos a la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas para conseguir el resultado deseado de permitir la referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Abogan por la necesidad de que el instrumento opcional no sea una suma de las cláusulas sobre listas negras o grises que ya existen en los derechos nacionales, sino que debe evaluarse el resultado global y compararlo con el resultado global ofrecido por el Derecho nacional. En especial, se refieren a los criterios que sirven para determinar la abusividad de las cláusulas en los contratos entre empresarios, que, en su opinión, no quedan fijados con la suficiente claridad

y, además, corren el riesgo de confundirse con los criterios que sirven para determinar la abusividad en los contratos con consumidores.

Otro aspecto que, en opinión de los ponentes, seguramente requiere revisión, para equilibrar los derechos del comprador y el vendedor, es el relativo a la libre elección de remedios del comprador, la inexistencia de subsanación por el vendedor y la obligación de notificar la resolución del contrato, que va más allá de la protección que dispensa la Directiva 99/44. Plantean tres opciones, de forma alternativa y no cumulativa: a) solo en los seis primeros meses tras la transmisión del riesgo el consumidor podría optar por la corrección del cumplimiento por parte del vendedor; b) el consumidor solo puede optar por la resolución si notifica la falta de conformidad en un plazo razonable; c) el consumidor debe pagar por el uso de la cosa si es él quien resuelve el contrato.

En especial plantea problemas la determinación del riesgo de abuso, de acuerdo con la disposición que establece la necesidad de ejercer los derechos de buena fe, dado que algunos ordenamientos jurídicos no contemplan este último principio y, por tanto, se corre el riesgo de interpretaciones divergentes. La propia definición de buena fe resulta modificada, en el sentido de eliminar de la redacción «en consideración a los intereses de la otra parte», porque se prestaba a malentendidos, especialmente en el ámbito de los contratos entre empresarios. Además, se apunta la necesidad de eliminar las consecuencias de su infracción, que ya no incluiría, como regla general, la posibilidad de reclamar daños y perjuicios

Los ponentes también ponen el acento en la necesidad de examinar con detalle la regulación sobre la restitución de las prestaciones en caso de resolución o ineficacia del contrato. En cuanto a los contenidos digitales, plantean la conveniencia de replantear la regulación en la hipótesis de que la contraprestación, en la compra del contenido digital, no sea dineraria, sino que, por ejemplo, consista en datos personales, o la necesidad de adaptar las disposiciones sobre falta de conformidad o sobre restitución a la vista de las particularidades del contenido digital. Finalmente, la prescripción es objeto de revisión, para aclarar la relación entre el plazo largo y el corto, para restringir el plazo largo a seis años, para introducir la fuerza mayor como causa de suspensión. Se precisa que las normas sobre prescripción no se aplican aisladamente sino que tienen aplicación específica a los remedios.

2. *Proyecto de Opinión de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor, para la Comisión de Asuntos Jurídicos, de 22 de febrero de 2013 (PE55.986v01-00)*

En el Proyecto de Opinión, de 3 de mayo de 2013, los componentes de la comisión IMCO, Evelyn Gebhardt y Hans-Peter Mayer, emiten su proyecto de informe, en forma de enmiendas conjuntas, con la petición de que sean incorporadas por la Comisión de Asuntos jurídicos, que es la competente para dictaminar sobre el fondo. Tales enmiendas se refieren a la necesidad de coherencia y precisión en la utilización de los términos y la adaptación a las definiciones existentes en otras directivas y, entre ellas, la reciente Directiva 2001/83. Así, por ejemplo, el término «consumidor», que debe incorporar las precisiones efectuadas en el Cdo 17 Dir. 2011/83, sobre el doble propósito de la adquisición. Se introducen dos nuevas definiciones del término «reparación», «productor» y «producción sin cargo alguno». Además, se propone la supresión del artículo 109.3 CESL («La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el ofrecimiento a subsanar el incumplimiento»).

Los ponentes presentan otras enmiendas y lo hacen por separado (*vid.* Documento PE505.986v01, de 27 de febrero de 2013) debido a la diferencia de enfoques sobre la oportunidad del texto. Efectivamente, mientras que Mayer aplaude la iniciativa de la Comisión (y se suma a la propuesta de la Comisión de Asuntos Jurídicos de potenciar los contratos a distancia *on line*), Gerbhart considera imprescindible que la Propuesta de Reglamento se convierta en una Directiva (de mínimos) para la armonización de determinados aspectos de los contratos de compraventa, servicios relacionados y contenidos digitales, que debería ser la continuación de la Directiva 2011/83/UE. En consecuencia, el CESL no debería abordar cuestiones que ya están reguladas en esa norma. Gerbhart cree que un instrumento opcional, cuya elección dependa del comerciante, complica la situación jurídica y puede empeorar la posición del consumidor; además considera que deberán pasar muchos años antes de que el TJUE pueda pronunciarse sobre la interpretación de los términos. En definitiva, la ponente lamenta que se abandone la senda de la armonización que, en palabras suyas, «tanto éxito ha tenido hasta ahora».

3. *Informes de la Comisión y el Parlamento, sobre el impacto económico del instrumento opcional en el mercado interior*

La Comisión europea ha publicado un informe sobre el impacto que tendría el instrumento opcional en el mercado interior (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2011:1165:FIN:EN:PDF>). El pasado mes de enero de 2013 el informe fue sido objeto de valoración por el Parlamento (Doc. PE 496.736), y, en concreto, por la Unidad de Evaluación de Impacto (<http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=83710>), que, entre otras objeciones se refiere a la dificultad de definir los costes de transacción y al método utilizado por la Comisión para calcularlos.

4. *Otros estudios de los expertos*

En la página web: <http://www.europarl.europa.eu/committees/es/juri/events.html?action=2&id=hearings#menuzone>, pueden consultarse los actos organizados por la Comisión de Asuntos Jurídicos en el año 2012 y los informes de los ponentes sobre las posibilidades de mejora del instrumento opcional.

II. **Crédito al consumo. Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 2012, sobre la aplicación de la Directiva 2008/48/CE (2012/2037(INI))**

Tras un estudio sobre la aplicación de la Directiva relativa a los contratos de crédito al consumo, encargado por el Parlamento europeo y hecho público el pasado enero de 2012 (disponible en <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201201/20120130ATT36564/20120130ATT36564EN.pdf>) la resolución constata una serie de datos, algunos de los cuales pueden condicionar la adecuada aplicación de la norma, y efectúa algunas sugerencias para mejorar la protección del consumidor. Concluye que no es conveniente efectuar recomendaciones sobre la modificación de la norma antes de que la Comisión efectúe un informe de evaluación sobre su correcta aplicación y su impacto sobre la protección del consumidor y, en especial, a la vista de la crisis financiera y del nuevo marco jurídico de la Unión Europea para los servicios financieros.

La resolución señala que algunas disposiciones de la Directiva (*vgr.* artículo 5 sobre la información precontractual) no han logrado la armonización prevista, debido a las diferencias en la interpretación y aplicación por parte de los Estados miembros. Además, constata que la contratación transfronteriza de préstamos al consumo no ha aumentado (es inferior al 2%) lo que, en parte, podría explicarse, según indica la resolución, debido a una insuficiente información a los consumidores acerca de tal posibilidad y de los derechos que los asisten. La resolución también pone de relieve el riesgo que entrañan los préstamos en divisas extranjeras y pide que se amplíen las explicaciones personalizadas al consumidor sobre este aspecto, antes de la firma del contrato, especialmente para advertirle de consecuencias que pueden tener en las cuotas el aumento de los tipos de interés extranjeros. El documento se hace eco de las preocupaciones planteadas por algunos Estados miembros, que consideran que el documento europeo de información normalizada sobre crédito al consumo es tan técnico que no permite a los consumidores comprender su contenido. Se estima loable el control efectuado por la Comisión sobre los contenidos publicitarios de las páginas web de las entidades financieras (en el 70% faltaban datos), pero se añade que es importante mejorar los datos relativos al «ejemplo representativo» sobre el coste del crédito y que es necesario insistir en la represión de las prácticas comerciales desleales engañosas.

La resolución vuelve a poner el acento, como ya hiciera el Parlamento a lo largo de la tramitación de la Directiva 2008/48/CEE, en la necesidad de que las normas no impongan un exceso de información al consumidor, porque ello puede aportar más confusión que esclarecimiento al consumidor inexperto. Por ello se concede mayor importancia a la asistencia y la educación financiera proporcionada por las asociaciones de consumidores, que pueden tener un papel muy importante en la reestructuración del crédito en nombre de las familias en dificultades. Sin embargo, se solicitan mejoras en el apartado relativo a la información sobre el coste de los servicios accesorios, sobre su carácter necesario para obtener el crédito, y sobre el derecho de los consumidores a obtenerlos de otros proveedores distintos. Además, se pide un mayor control sobre la información que proporcionan los intermediarios de crédito. El Parlamento también cree que merecen una atención particular las complicadas disposiciones sobre el reembolso anticipado y pone el acento en la necesidad de examinar más atentamente las dificultades que pueden plantearse en el ejercicio del derecho de desistimiento en el caso de los contratos de crédito vinculados. En especial, subraya la importancia de sensibilizar a los consumidores con respecto al hecho de que, en caso de que ejerzan el derecho de desistimiento de un contrato en el que el proveedor o prestador del servicio recibe directamente del proveedor de crédito el importe correspondiente al pago a través de un contrato accesorio, los consumidores no tienen obligación de asumir ningún tipo de honorarios, comisiones o costes en relación con el servicio financiero prestado. Además, la resolución hace hincapié en que debe garantizarse un cálculo uniforme de la tasa anual equivalente y despejarse las ambigüedades.

El Parlamento también pide a los Estados miembros que amplíen el actual nivel de protección de los consumidores con respecto al crédito, incluyendo el crédito a corto plazo, a través de Internet, de servicios de mensajes cortos u otros medios de comunicación a distancia, que se están convirtiendo en una característica cada vez más común del mercado del crédito al consumo, por montos por debajo del umbral inferior de 200 EUR, actualmente fuera del ámbito de aplicación de la Directiva.

III. Derechos Reales en la Unión Europea

HÉCTOR SIMÓN MORENO*

1. Legislación

La Propuesta de Directiva sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial de 31 de marzo de 2011 [COM (2011) 142 final] sigue su curso en el seno de las instituciones europeas. El Comisario Michel Barnier anunciaba el pasado 22 de abril de 2013 un acuerdo entre la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo, luego ratificado el 2 de mayo de 2013, que es cuando se hizo público el texto acordado entre el Consejo y el Parlamento (8895/13). Del texto publicado podemos destacar lo siguiente:

a) Se trata de una Directiva de mínimos, es decir, los Estados miembros podrían incrementar el nivel de protección de los consumidores previsto en la Directiva con algunas excepciones (por ejemplo, no podrían modificar lo relativo a la provisión de información precontractual a través de la SEIS o Standardised European Information Sheet).

b) Se amplían los casos que quedarían fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, por ejemplo si el préstamo hipotecario se concede de forma gratuita (sin intereses).

c) Se prevé expresamente la obligación de los Estados miembros de promover la educación de los consumidores en esta materia (art. 4 a).

d) Se mantienen las obligaciones de información precontractual previstas en el redactado original de la Directiva (arts. 7 ss.).

e) Se prohíben como norma general, salvo excepciones, las denominadas *tying practices* o prácticas de vinculación (art. 8a).

f) Se mantiene la obligación del prestamista de denegar el crédito si el análisis de la solvencia del consumidor es negativo (art. 14.2 a)

g) Se introduce un artículo destinado a paliar las consecuencias negativas de las ejecuciones hipotecarias. De esta manera, los Estados miembros tendrían que adoptar medidas tendentes a que el acreedor hipotecario negociase una solución con el deudor antes de iniciar el procedimiento de ejecución (art. 18 c 1), a que dicho acreedor no impusiera sanciones excesivas a los deudores en el momento del incumplimiento (por ejemplo, unos intereses de demora excesivos, artículo 18 c 2), y a facilitar que el deudor pudiera satisfacer la deuda pendiente una vez finalizado el procedimiento de ejecución (art. 18.4.2).

El debate de este texto en el pleno del Parlamento Europeo está programado para septiembre de 2013.

Otra norma de interés aprobada durante este período es el Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOL 20 diciembre 2012, núm. 351, p. 1). Esta norma entrará en vigor el 10 de enero de 2015 y derogará el Reglamento 44/2001 (art. 81). En lo que concierne a los derechos reales, el Reglamento 1215/2012 no introduce modificaciones relevantes, de

* Investigador Postdoctoral de Derecho Civil (Universidad Rovira i Virgili).

tal manera que serán competentes en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el inmueble se halle sito (art. 24.1, *cfr.* artículo 22.1 Reglamento 44/2001).

2. Grupos y Proyectos de investigación

2.1 Proyecto EUFides

En la crónica anterior hacíamos referencia al proyecto EUFides, auspiciado por el Consejo del Notariado de la Unión Europea (CNUE, <http://www.cnue.be/>). El éxito de este proyecto ha animado al Notariado español (<http://www.notariado.org/>) a estudiar la puesta en marcha del proyecto IBERfides, un sistema de colaboración para la circulación y el intercambio de copias de escrituras y documentos públicos notariales entre los notariados iberoamericanos y europeos. Este proyecto pretende impulsar los negocios en Europa con efectos en América y viceversa, garantizando la seguridad jurídica requerida por cada ordenamiento nacional. El funcionamiento previsto de IBERfides sería el siguiente: los intervinientes acudirían al notario que hubieran elegido en su país, quien, una vez conocida su voluntad, localizaría a un notario del Estado donde se encontrase el bien inmueble. Este notario informaría al notario que asiste a las partes de la legislación aplicable al acto que se quiera formalizar en escritura pública (por ejemplo, la compraventa de un bien inmueble), y le enviaría a continuación un borrador de ésta. Una vez aprobada y firmada la escritura pública por ambas partes, el notario del país donde radica el bien inmueble se encargaría de inscribir la escritura en el Registro de la Propiedad. Por lo tanto, este sistema de colaboración pretende facilitar el tráfico jurídico inmobiliario transfronterizo, así como facilitar las transmisiones hereditarias o la creación de sociedades comerciales transfronterizas.

2.2 EULIS

El Proyecto EULIS (*European Land Information Service*, <http://eulis.eu>), cuyo principal objetivo es la creación de un portal web que ofrezca una amplia información sobre el Registro de la Propiedad, la cartografía y el catastro en toda Europa (enlace a los sitios web nacionales, personas de contacto, etc.) mantuvo una reunión el pasado mes de noviembre con el *Working Party e-Justice* de la Unión europea (sobre él, *vid.* <http://europeanjusticeforum.org/faq/glossary/e-justice.html>). Este grupo pretende facilitar el acceso a todo el sistema europeo de Justicia (sitios web y servicios de información europeos y nacionales). En esta reunión se discutió la integración del EULIS-service en el portal eJustice, lo que fue aprobado posteriormente en el Meeting Anual del grupo EULIS el pasado mes de marzo. Además, cabe destacar que la República de Macedonia se ha incorporado al proyecto EULIS durante este período, con lo que los países participantes en el proyecto ascienden a un total de 10 en la actualidad (Austria, Irlanda, Lituania, Holanda, España y Suecia como Estados miembros con plena conectividad a la plataforma EULIS, e Inglaterra y Gales, Finlandia, Macedonia y Escocia como miembros no conectados todavía o conectados parcialmente).

2.3 Runder Tisch

El grupo de la *Runder Tisch*, que estudia el derecho real de hipoteca en 22 legislaciones europeas, ha celebrado su Workshop XIV en la sede de la

Verband deutscher Pfandbriefbanken (impulsora del grupo, <http://www.pfandbrief.de>) durante el mes de abril de 2013. El grupo ha analizado de nuevo los cuestionarios de cada país participante en relación con el comportamiento del derecho real de hipoteca en sus sistemas hipotecarios, que se verán reflejados en una futura publicación.

3. Publicaciones

El Prof. Ulrich Drobnig coordina la obra *Proprietary Security in Movable Assets*, auspiciada por el *Study Group on a European Civil Code* (Sellier y Oxford University Press). Este libro es un nuevo volumen de la serie *Principles of European Law* y su publicación está prevista para julio de 2013. El grupo de investigación ha asumido la tarea de redactar principios europeos comunes tanto de los aspectos más importantes del derecho de obligaciones como de ciertas partes del derecho de propiedad sobre bienes muebles. La búsqueda de principios comunes en estos ámbitos es especialmente relevante para el óptimo funcionamiento del mercado interior.

El autor de la presente crónica ha publicado el artículo «The Eurohypothec: A perspective from Spanish law» (*European Property Law Journal*, vol. 1, 2, pp. 191–231), en el que se analiza en qué medida la eurohipoteca, una hipoteca ideal que destaca por su «accesoriedad contractual» respecto a la obligación garantizada y por ser concebida como un «activo» utilizable y disponible por el hipotecante, puede ayudar a optimizar la hipoteca española.

4. Jurisprudencia

STJUE de 14 de marzo de 2013 (Asunto C 415/11). Es contrario a la Directiva 1993/13 que el deudor no pueda formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, y, al mismo tiempo, que el juez competente que conozca del proceso declarativo no pueda apreciar el carácter abusivo de esa cláusula y adoptar medidas cautelares, y, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria. La segunda cuestión planteada requiere al TJUE que se pronuncie sobre el concepto de desproporción respecto a las cláusulas de vencimiento anticipado, fijación de intereses de demora y fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables. El TJUE da unas pautas de interpretación al juez español, que delega por lo tanto la posible declaración de nulidad de las cláusulas al legislador nacional. Esta sentencia ha provocado cambios legales. La Ley 1/2013 prevé la posibilidad de que el juez pueda analizar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas, previa audiencia de las partes (arts. 552 y 557 LEC) e introduce una nueva causa de oposición en el artículo 695 LEC («El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible»). Véase la crónica de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a cargo de Lidia Arnau.

Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Catarroja (España) de 26 de noviembre de 2012 (Asunto C-537/12). La petición que formula el juez que conoce del procedimiento de ejecución hipotecaria plantea si la Directiva 1993/13 «debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normati-

va nacional que impide a un órgano jurisdiccional, que conoce de un proceso de ejecución hipotecaria como el regulado en los artículos 681 a 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España 1/2000, examinar tanto de oficio como a instancia de parte, el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, tanto si éste ha formulado oposición como si no lo ha hecho».

Petición de decisión prejudicial planteada por el Krajský súd v Prešove (Eslovaquia) el 23 de enero de 2013 (Asunto C-34/13). En ella se plantea si deben interpretarse la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas, y la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales, a la luz del artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el sentido de que es contraria a las mismas la normativa nacional que permite al acreedor, sin que un juez valore las cláusulas contractuales, exigir la prestación derivada de cláusulas contractuales abusivas y, por consiguiente, proceder a la ejecución del bien inmueble, propiedad del consumidor y entregado en garantía, pese a que las partes discrepen sobre si se trata de cláusulas contractuales abusivas.

Conclusiones del Abogado General Sr. Niilo Jääskinen, presentadas el 16 de abril de 2013 (Asuntos acumulados C-105/12, C-106/12 y C-107/12). De acuerdo con el Abogado General, el régimen de un Estado miembro que establezca que las acciones de un gestor de red de distribución sólo puedan ser transmitidas a organismos públicos y a determinadas sociedades participadas en un 100 % por autoridades públicas (lo que constituye por lo tanto una prohibición de privatización de los gestores de redes de distribución), constituye un régimen de la propiedad en el sentido del artículo 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros»), con lo que esta normativa es compatible con el Derecho de la Unión Europea.

IV. Derecho de Familia en la Unión Europea

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS*

Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges/*Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, Intersentia 2013, ISBN 978-1-78068-152-8

La Comisión Europea de Derecho de familia (CEFL) es una organización científica que agrupa a juristas que representan a 28 sistemas jurídicos europeos. Su principal finalidad es la formulación de Principios europeos relativos a distintos sectores del Derecho de familia que podrían inspirar una eventual armonización del Derecho de familia en Europa. Con ello se preten-

* Catedrática de Derecho Internacional Privado (Universidad de Barcelona).

de demostrar que el Derecho de familia no es un sector jurídico especial que por sus especiales vínculos con la cultura y la idiosincrasia no es susceptible de ser armonizado.

La Comisión publicó en 2004 y 2007 Principios relativos al divorcio y las obligaciones de alimentos entre cónyuges divorciados y en materia de responsabilidad parental. Tras una prolongada preparación, que se explica por la complejidad técnica de la materia, la Comisión presenta ahora en 2013 los Principios Europeos relativos a las relaciones patrimoniales. Dichos Principios se publican en la *Editorial Intersentia* dentro de la colección sobre Derecho de familia europeo auspiciada por el Comité organizador de la Comisión [que bajo la dirección de la Profesora de la Universidad de Utrecht, Katharina Boele-Woelki reúne a los Profesores Frédérique Ferrand (Lyon), Maarit Jänterä-Jareborg (Uppsala), Nigel Lowe (Cardiff), Dieter Martiny (Frankfurt Oder), Walter Pintens (Leuven) y Cristina González Beilfuss (Barcelona)]. Los Principios se presentarán y debatirán asimismo en la quinta Conferencia europea sobre Derecho de Familia que tendrá lugar en Bonn a finales de agosto de 2013.

Los Principios se conciben y adoptan simultáneamente en inglés, francés y alemán. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que forman un todo con el estudio de Derecho comparado y las referencias a instrumentos internacionales que acompañan a cada uno de ellos, así como que su adecuada comprensión requiere la lectura de los Comentarios. Todos estos elementos se redactan y publican en inglés.

A fin de facilitar el conocimiento de los Principios se han elaborado traducciones al sueco, neerlandés y español. Presentamos aquí la traducción española. Como se verá, los Principios constan de un Preámbulo y tres Capítulos. El Preámbulo resalta la vinculación entre la armonización del Derecho de familia sustantivo y la libre circulación de personas así como el deseo de contribuir a la igualdad entre los cónyuges.

El primer Capítulo contiene nueve Principios aplicables sea cual sea el régimen económico matrimonial de los cónyuges. Destaca la especial relevancia que se concede a la protección de la vivienda familiar, incluso cuando se trata de una vivienda arrendada, así como al deber de información. El cónyuge está obligado a informar al otro cónyuge acerca de su patrimonio y sobre actos de administración importantes en la medida necesaria para permitirle ejercer sus derechos.

El segundo capítulo se dedica a la autonomía de la voluntad y recoge la posibilidad de que los cónyuges estipulen mediante acuerdo su régimen económico matrimonial antes de la celebración de las nupcias y durante el matrimonio. Dicho acuerdo requiere la intervención de un notario o profesional que ejerza funciones equivalentes. Dicho profesional ha de asesorar imparcialmente a cada uno de los cónyuges de forma separada, asegurar que cada uno de los cónyuges entiende las consecuencias jurídicas de las capitulaciones matrimoniales y que ambos cónyuges prestan libremente su consentimiento a las capitulaciones. Se exige asimismo que cada uno de los otorgantes revele la composición de su patrimonio. Ha de destacarse que en casos de especial onerosidad, en función de las circunstancias que rodearon el otorgamiento de las capitulaciones u otras que hubieren sobrevenido, la autoridad competente está habilitada para descartar o adaptar lo acordado.

Las secciones primera y segunda del tercer capítulo establecen respectivamente un régimen económico matrimonial supletorio, la participación en las ganancias y la comunidad de gananciales. Tras un largo debate tanto en el

seno del Comité organizador como en el Grupo de expertos que se reunió a tal efecto en Sigtuna (Suecia) se llegó a la conclusión de que no resulta ni posible ni aconsejable que los Principios recojan únicamente un régimen supletorio, pues en la tradición europea están ampliamente representados, tanto sistemas que establecen que tras la celebración del matrimonio se crea un patrimonio común entre los cónyuges, como otros que durante el matrimonio mantienen la separación de bienes, pero tras la disolución establecen un mecanismo compensatorio que permite a los cónyuges participar en las respectivas ganancias. No se consideró ni factible ni imprescindible que la armonización del Derecho material en este sector pase por un cambio radical del régimen económico matrimonial supletorio. Corresponderá por tanto al legislador que quiera inspirarse en los Principios decantarse por uno u otro.

Texto en español

PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE FAMILIA RELATIVOS A LAS RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE LOS CÓNYUGES

PREÁMBULO

Reconociendo, que a pesar de las divergencias de los sistemas nacionales de Derecho de familia existe, no obstante, una creciente convergencia;

Reconociendo que las diferencias que subsisten obstaculizan la libre circulación de personas;

Deseando contribuir a los valores comunes europeos relativos a la igualdad de los cónyuges; Deseando alcanzar un equilibrio entre la autonomía privada de los cónyuges y su solidaridad recíproca, su autonomía como individuos y su comunidad matrimonial de intereses;

Deseando contribuir al bienestar de la familia;

Deseando asegurar la protección de la vivienda familiar;

Deseando garantizar a cada cónyuge una participación justa en el patrimonio adquirido durante el matrimonio;

Deseando contribuir a la armonización del Derecho de familia en Europa y reforzar los derechos de los ciudadanos;

La Comisión para el Derecho Europeo de Familia recomienda los siguientes Principios:

CAPÍTULO I: DERECHOS Y DEBERES GENERALES DE LOS CÓNYUGES

Principio 4:1 *Aplicación general*

Los Principios contenidos en este Capítulo se aplican sea cual sea el régimen económico matrimonial de los cónyuges.

Principio 4:2 *Igualdad de los cónyuges*

Los cónyuges tienen los mismos derechos y obligaciones.

Principio 4:3 *Capacidad jurídica de los cónyuges*

Sin perjuicio de lo que dispongan los siguientes Principios, cada cónyuge tiene plena capacidad jurídica y, puede, en particular, celebrar negocios jurídicos con el otro cónyuge y con terceras personas.

Principio 4:4 *Contribución a las necesidades de la familia*

- (1) Los cónyuges han de contribuir a las necesidades de la familia de acuerdo con sus capacidades.
- (2) La contribución a las necesidades de la familia comprende las contribuciones al mantenimiento del hogar, a las necesidades personales de los cónyuges y al mantenimiento y la educación de los hijos.
- (3) Cuando un cónyuge incumpliere su obligación de contribuir a las necesidades de la familia, el otro cónyuge podrá solicitar a la autoridad competente que determine la cuantía de dicha contribución.

Principio 4:5 *Protección de la vivienda familiar y del ajuar doméstico*

- (1) Todo acto de disposición de derechos relativos a la vivienda familiar y al ajuar doméstico requiere el consentimiento de ambos cónyuges.
- (2) Un acto de disposición realizado por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro será válido si es confirmado por éste.
- (3) Cuando un cónyuge rehusare otorgar su consentimiento o no estuviere en condiciones de otorgarlo, el otro cónyuge podrá solicitar autorización a la autoridad competente.
- (4) Todo acto de disposición que vulnere lo dispuesto en los apartados precedentes puede ser anulado por la autoridad competente a solicitud del cónyuge que no ha consentido.

Principio 4:6 *Protección del arrendamiento relativo a la vivienda familiar*

- (1) Aunque el contrato de arrendamiento de la vivienda familiar hubiere sido concluido por únicamente uno de los cónyuges, incluso con anterioridad a la celebración del matrimonio, se entenderá que ambos cónyuges son parte del arrendamiento.
- (2) Un cónyuge no puede rescindir o modificar el contrato de arrendamiento sin el consentimiento del otro.
- (3) El arrendador ha de notificar la rescisión del contrato a cada uno de los cónyuges.

Principio 4:7 *Representación*

- (1) Un cónyuge puede otorgar mandato al otro para que le represente en actos jurídicos.
- (2) Si un cónyuge no estuviere en condiciones de manifestar su voluntad, la autoridad competente podrá autorizar al otro cónyuge
 - (a) a actuar por sí solo en aquellos casos en los que el consentimiento del otro cónyuge fuere necesario;
 - (b) a representar a su cónyuge en aquellos casos en que éste tenga la facultad de actuar por sí solo.

Principio 4:8 *Obligación de informar*

El cónyuge está obligado a informar al otro cónyuge acerca de su patrimonio así como sobre actos de administración importantes en la medida necesaria para permitirle ejercer sus derechos.

Principio 4:9 *Libertad para concluir capitulaciones matrimoniales*

Los cónyuges son libres de concluir capitulaciones matrimoniales acerca de sus relaciones patrimoniales.

CAPÍTULO II: CAPITULACIONES MATRIMONIALES ACERCA DE LAS RELACIONES PATRIMONIALES DE LOS CÓNYUGES

Principio 4:10 *Concepto*

(1) Los futuros cónyuges pueden otorgar capitulaciones estipulando su régimen económico matrimonial antes de la celebración del matrimonio.

(2) Durante el matrimonio los cónyuges pueden modificar su régimen económico matrimonial o cambiar de régimen.

Principio 4:11 *Requisitos formales*

Las capitulaciones matrimoniales acerca de las relaciones patrimoniales de los cónyuges deben ser concluidas ante un notario u otro profesional jurídico que ejerza funciones equivalentes, llevar fecha y ser firmadas por ambos cónyuges.

Principio 4:12 *Revelación del patrimonio*

Cuando los cónyuges celebren capitulaciones matrimoniales estarán recíprocamente obligados a revelar al otro cónyuge la composición de su patrimonio.

Principio 4:13 *Obligaciones del notario u otro profesional jurídico que ejerza funciones equivalentes*

El notario o profesional que ejerza funciones equivalentes debe

(a) asesorar imparcialmente a cada uno de los cónyuges de forma separada,

(b) asegurar que cada uno de los cónyuges entiende las consecuencias jurídicas de las capitulaciones matrimoniales, y

(c) asegurar que ambos cónyuges prestan libremente su consentimiento a las capitulaciones.

Principio 4:14 *Efectos frente a terceros*

Las capitulaciones matrimoniales acerca de las relaciones patrimoniales de los cónyuges son oponibles a terceros, si en el momento de la conclusión del negocio con uno de los cónyuges

(a) dicha información estuviere contenida en un documento público; o

(b) los terceros tuvieren conocimiento de las cláusulas pertinentes de las capitulaciones.

Principio 4:15 *Excepcional onerosidad*

En caso de excepcional onerosidad, habida cuenta de las circunstancias en las que se concluyeren las capitulaciones o de las que se produjeren posteriormente, la autoridad competente podrá descartar o adaptar las capitulaciones matrimoniales.

CAPÍTULO III: RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

SECCIÓN A: PARTICIPACIÓN EN LAS GANANCIAS

Principio 4:16 *Aplicabilidad del régimen de participación en las ganancias*

El régimen de participación en las ganancias se aplica si los cónyuges no han concluido capitulaciones matrimoniales conforme al Capítulo II.

Principio 4:17 *Concepto de participación en las ganancias*

(1) La participación en las ganancias es un régimen económico matrimonial durante cuya duración cada uno de los cónyuges es propietario de su patrimonio.

(2) El patrimonio de cada uno de los cónyuges comprende las ganancias y los bienes reservados.

(3) En el momento de disolución del régimen cada cónyuge participa en las ganancias obtenidas por el otro conforme al Principio 4:31.

Principio 4:18 *Ganancias*

(1) Las ganancias comprenden los bienes adquiridos durante el régimen que no son bienes reservados. En particular, las ganancias incluyen

(a) los ingresos y rentas de cada cónyuge tanto derivados de salarios como de su patrimonio;

(b) los bienes adquiridos mediante dichos ingresos y rentas.

(2) Se presume que los bienes son ganancias salvo prueba en contrario.

Principio 4:19 *Propiedad reservada*

La propiedad reservada comprende

(a) los bienes adquiridos con anterioridad al inicio del régimen;

(b) las donaciones, herencias y legados adquiridos durante el régimen;

(c) los bienes adquiridos en sustitución de bienes reservados;

(d) los bienes que son de naturaleza personal;

(e) los bienes exclusivamente adquiridos para la profesión de un cónyuge;

(f) las plusvalías de los bienes comprendidos en (a) a (e).

Principio 4:20 *Presunción de pro indiviso*

Salvo prueba en contrario se presume que los bienes pertenecen en pro indiviso ordinario a ambos cónyuges.

DEUDAS

Principio 4:21 *Deudas personales*

Las deudas suscritas por un cónyuge son de carácter personal.

Principio 4:22 *Recobro de deudas personales*

De las deudas personales responden las ganancias y la propiedad reservada del cónyuge deudor.

ADMINISTRACIÓN

Principio 4:23 *Administración de bienes*

Sin perjuicio de los Principios 4:6 y 4:7, a cada cónyuge le corresponde la administración independiente de sus bienes.

DISOLUCIÓN

Principio 4:24 *Causas de disolución*

El régimen de participación en las ganancias se disuelve por

- (a) el fallecimiento de uno de los cónyuges;
- (b) la anulación del matrimonio, el divorcio o la separación legal;
- (c) la estipulación de un régimen económico matrimonial distinto mediante capitulaciones entre los cónyuges; o
- (d) la decisión de la autoridad competente fundada en causa grave.

Principio 4:25 *Fecha de la disolución*

La disolución de la participación en las ganancias tiene efecto

- (a) en la fecha del fallecimiento de uno de los cónyuges;
- (b) en caso de anulación del matrimonio, divorcio o separación legal en la fecha de la demanda;
- (c) en caso de capitulaciones estipulando un régimen económico matrimonial distinto, en la fecha del cambio; y
- (d) en caso de decisión de la autoridad competente, en la fecha de la demanda.

LIQUIDACIÓN

Principio 4:26 *Determinación y valoración de las ganancias*

- (1) Las ganancias de cada uno de los cónyuges se determinan en la fecha de disolución del régimen establecida en el Principio 4:25.
- (2) Las ganancias se valoran en la fecha de liquidación del régimen.

Principio 4:27 *Actos perjudiciales*

Al calcular las ganancias de cada cónyuge se tendrán en cuenta

- (a) las donaciones excesivas;
- (b) la disipación de bienes;
- (c) otros actos que hayan intencionadamente disminuido el valor de las ganancias en perjuicio del otro cónyuge.

Principio 4:28 *Compensación*

- (1) Se hará compensación a las ganancias de un cónyuge por contribuciones a cargo de las mismas en beneficio de sus bienes reservados.
- (2) Se hará compensación a los bienes reservados de un cónyuge por contribuciones a cargo de los mismos en beneficio de sus ganancias.
- (3) Las obligaciones gravan el patrimonio respecto al cual han sido contraídas. En caso de duda se presume que gravan las ganancias.
- (4) En los supuestos de adquisición, mejora o conservación de un bien se tendrá en cuenta en el cálculo de la compensación el incremento o disminución de valor del bien resultante de dicha inversión.
- (5) La compensación se pagará en metálico, salvo acuerdo en contrario.

PARTICIPACIÓN

Principio 4:29 *Convenio sobre la participación*

Los cónyuges pueden concluir un convenio sobre la participación en las ganancias.

Principio 4:30 *Adjudicación de la vivienda familiar y del ajuar doméstico*

La autoridad competente puede adjudicar, en interés de la familia y mediando el pago de una compensación, la vivienda familiar y el ajuar doméstico a uno de los cónyuges.

Principio 4:31 *Participación igual en las ganancias netas*

(1) Si las ganancias netas de un cónyuge exceden el valor de las del otro, éste participa en el excedente por mitad.

(2) Las ganancias netas equivalen al valor de las ganancias una vez deducidas las deudas.

(3) Las pérdidas sufridas por un cónyuge, que excedan a sus ganancias en la fecha de disolución, no se comparten con el otro cónyuge.

(4) El crédito de participación es un crédito monetario, salvo acuerdo en contrario de los cónyuges.

(5) A solicitud del cónyuge deudor y mediando causa grave la autoridad competente puede autorizar el aplazamiento del pago o el pago a plazos.

Principio 4:32 *Adaptaciones por la autoridad competente*

En caso de excepcional onerosidad la autoridad competente puede

(a) adaptar la participación;

(b) descartar o modificar cualquier convenio concluido entre los cónyuges en virtud del Principio 4:29.

SECCIÓN B: COMUNIDAD DE GANANCIALES

Principio 4:33 *Aplicabilidad de la comunidad de gananciales*

La comunidad de gananciales se aplica si los cónyuges no han concluido capitulaciones en contrario conforme al Capítulo II.

CONCEPTOS

Principio 4:34 *Concepto de la comunidad de gananciales*

(1) La comunidad de gananciales es un régimen económico matrimonial que comprende el patrimonio común y el patrimonio privativo.

(2) El patrimonio común es el patrimonio adquirido durante la comunidad de gananciales y que no es patrimonio privativo.

(3) El patrimonio privativo es el patrimonio propio de cada cónyuge.

Principio 4:35 *La comunidad*

(1) La comunidad comprende todo bien mueble o inmueble adquirido durante el régimen que no pertenece al patrimonio privativo de uno de los cónyuges.

(2) En particular la comunidad comprende:

(a) los ingresos y rentas derivados bien de la actividad profesional de los cónyuges bien de su patrimonio común o privativo;

(b) los bienes adquiridos conjunta o individualmente por los cónyuges durante la comunidad de gananciales mediante los ingresos y rentas de los cónyuges;

(c) las donaciones o legados a ambos cónyuges o a uno de ellos con la condición de que pertenezca a la comunidad.

Principio 4:36 *Patrimonio privativo*

El patrimonio privativo comprende:

(a) los bienes adquiridos antes del inicio de la comunidad;

(b) las donaciones, herencias y legados recibidos durante el régimen;

(c) los bienes adquiridos por sustitución, inversión o reinversión de acuerdo con los Principios 4:37 y 4:38;

(d) bienes de naturaleza personal, adquiridos durante el régimen;

(e) bienes exclusivamente adquiridos para la profesión de un cónyuge.

Principio 4:37 *Sustitución*

(1) Todo bien que sustituya a un bien privativo sin pago adicional ha de considerarse bien privativo.

(2) Todo bien que sustituya un bien privativo con pago adicional ha de considerarse bien privativo salvo que el pago adicional a cargo de la comunidad sea igual o superior al valor del bien sustituido.

(3) En caso de pago adicional a cargo de uno de los patrimonios se deberá compensación al otro.

Principio 4:38 *Inversión o reinversión*

(1) Todo bien adquirido únicamente mediante la inversión o reinversión de bienes privativos ha de considerarse un bien privativo.

(2) Todo bien adquirido parcialmente mediante la inversión o reinversión de bienes privativos y parcialmente mediante bienes gananciales pertenece al patrimonio privativo salvo que el pago a cargo de la comunidad iguale o supere el valor de la inversión o reinversión.

(3) En caso de inversión o reinversión adicional a cargo de uno de los patrimonios se deberá compensación al otro.

Principio 4:39 *Presunción de bienes gananciales*

Se presume que los bienes son gananciales salvo que se pruebe que son bienes privativos conforme a los Principios 4:35 a 4:38.

DEUDAS

Principio 4:40 *Deudas gananciales*

Son deudas gananciales

(a) las deudas contraídas conjuntamente por los cónyuges;

(b) las deudas contraídas por uno de los cónyuges para satisfacer necesidades apropiadas de la familia;

(c) las deudas de alimentos respecto a niños;

- (d) las deudas contraídas por uno de los cónyuges para el uso o administración de bienes gananciales o en interés de la comunidad;
- (e) las deudas relativas a las actividades profesionales de uno de los cónyuges;
- (f) las deudas relativas a donaciones o legados pertenecientes a la comunidad;
- (g) las deudas respecto a las cuales no se haya probado que sean de naturaleza privativa.

Principio 4:41 Deudas privativas

Son deudas privativas de uno de los cónyuges:

- (a) las deudas contraídas antes del inicio de la comunidad de gananciales;
- (b) las deudas relativas a donaciones, herencias y legados recibidos por uno de los cónyuges durante el régimen;
- (c) las deudas relativas al patrimonio privativo;
- (d) las deudas privativas por su naturaleza;
- (e) las deudas contraídas sin el necesario consentimiento del otro cónyuge.

Principio 4:42 Recobro de las deudas gananciales

- (1) Respecto a las deudas gananciales responde la comunidad y el patrimonio privativo del cónyuge que contrajo la deuda.
- (2) Si los cónyuges son deudores solidarios también responde de la deuda el patrimonio privativo de cada uno de los cónyuges.

Principio 4:43 Recobro de las deudas privativas

- (1) De las deudas privativas de uno de los cónyuges responden
 - (a) el patrimonio privativo del cónyuge deudor;
 - (b) los ingresos y rentas del cónyuge deudor;
 - (c) los bienes gananciales en la medida de su confusión con los bienes privativos del cónyuge deudor.
- (2) De las deudas privativas resultantes de un ilícito civil o penal responde también la mitad del valor neto de la comunidad, si el patrimonio privativo del cónyuge deudor, sus ingresos y rentas resultaren insuficientes para el pago.

ADMINISTRACIÓN

Principio 4:44 Administración de la comunidad

- (1) Cada uno de los cónyuges tiene derecho a administrar los bienes gananciales por sí solo pero los actos importantes requieren una administración conjunta.
- (2) Si un cónyuge rehusare prestar su consentimiento a un acto que requiere una administración conjunta, el otro cónyuge podrá solicitar a la autoridad competente autorización para realizar el acto por sí solo.

Principio 4:45 *Actos que requieren una administración conjunta*

Conforme a los Principios 4:4 a 4:8 y teniendo en cuenta las circunstancias económicas de los cónyuges los actos que requieren una administración conjunta incluyen, en particular, los siguientes:

- (a) la adquisición, alienación e hipoteca de bienes inmuebles;
- (b) la conclusión de contratos de préstamo, garantía y seguros de valor significativo;
- (c) las donaciones significativas.

Principio 4:46 *Anulación de actos de administración*

Los actos que requieren una administración conjunta pueden ser anulados por el cónyuge que no ha prestado su consentimiento al acto.

Principio 4:47 *Administración del patrimonio privativo*

Sin perjuicio de los Principios 4:6 y 4:7 cada uno de los cónyuges tiene la potestad de administrar por sí mismo sus bienes privativos.

Principio 4:48 *Privación del derecho a administrar la comunidad*

(1) A solicitud de uno de los cónyuges la autoridad competente puede privar al otro cónyuge del derecho a administrar total o parcialmente la comunidad por causa

- (a) de incapacidad para manifestar su voluntad;
- (b) de graves faltas de administración; o
- (c) de una violación grave del deber de información conforme al Principio 4:8.

(2) En la medida en que uno de los cónyuges haya sido privado del derecho a administrar la comunidad, el otro cónyuge tendrá la potestad de administrar la comunidad por sí mismo.

(3) A solicitud de cualquiera de los cónyuges la autoridad competente puede reinstaurar al cónyuge en su derecho de administración.

DISOLUCIÓN

Principio 4:49 *Causas de disolución*

La comunidad de gananciales se disuelve por

- (a) el fallecimiento de uno cónyuges;
- (b) la anulación del matrimonio, el divorcio o la separación legal;
- (c) la estipulación de un régimen económico matrimonial distinto mediante capitulaciones entre los cónyuges; o
- (d) la decisión de la autoridad competente ordenando la separación de bienes por causa grave.

Principio 4:50 *Fecha de la disolución*

La disolución de la comunidad de gananciales tiene efecto

- (a) en la fecha del fallecimiento de uno de los cónyuges;
- (b) en caso de anulación del matrimonio, divorcio o separación legal, respecto a los cónyuges, en la fecha de la demanda o, si los cónyuges se sepa-

raron con anterioridad, en la fecha de su separación, y respecto a terceras personas, en la fecha de registro de la autoridad competente;

(c) en caso de capitulaciones estipulando un régimen matrimonial distinto, respecto a los cónyuges en la fecha del cambio, y respecto a terceras personas, en la fecha de publicación del convenio;

(d) en caso de separación de bienes ordenada por la autoridad competente, respecto a los cónyuges en la fecha de la demanda, y respecto a terceras personas, en la fecha de publicación de la demanda.

Principio 4:51 *Administración tras la disolución*

Tras la disolución de la comunidad de gananciales la administración se rige por las reglas ordinarias sobre la comunidad pro indiviso.

LIQUIDACIÓN

Principio 4:52 *Determinación y valoración de los bienes gananciales*

(1) Los bienes gananciales se determinan en la fecha de disolución de la comunidad de gananciales establecida en el Principio 4:50.

(2) Los bienes gananciales se valoran en la fecha de distribución.

Principio 4:53 *Compensación*

(1) Se hará compensación a la comunidad por las contribuciones en beneficio del patrimonio privativo de un cónyuge.

(2) Se hará compensación al patrimonio privativo de uno de los cónyuges por las contribuciones en beneficio de la comunidad.

(3) En los supuestos de adquisición, mejora o conservación de un bien se tendrá en cuenta en el cálculo de la compensación el incremento o disminución de valor del bien resultante de dicha inversión.

(4) La compensación se pagará en metálico, salvo acuerdo en contrario.

Principio 4:54 *Rango de las deudas de la comunidad*

Las deudas de la comunidad y los derechos de compensación tienen el mismo rango.

DISTRIBUCIÓN

Principio 4:55 *Convenio sobre la distribución*

Los cónyuges pueden concluir un convenio sobre la distribución de los bienes gananciales.

Principio 4:56 *Adjudicación de la vivienda familiar, el ajuar doméstico y los bienes profesionales*

Cuando se pronuncie sobre la distribución de los bienes gananciales la autoridad competente puede, en interés de la familia y mediando el pago de la compensación, adjudicar a uno de los cónyuges

- (a) la vivienda familiar y el ajuar doméstico;
- (b) los bienes profesionales.

Principio 4:57 *Distribución igual y adaptaciones*

(1) Los bienes gananciales han de distribuirse de forma igual entre los cónyuges.

(2) En caso de excepcional onerosidad la autoridad competente puede

(a) adaptar la distribución;

(b) descartar o modificar cualquier convenio concluido entre los cónyuges conforme al Principio 4:55.

Principio 4:58 *Recobro de las deudas de la comunidad con posterioridad a la distribución de la comunidad*

(1) Con posterioridad a la distribución de los bienes gananciales responde de las deudas de la comunidad la cuota de bienes gananciales de cada cónyuge y el patrimonio privativo del cónyuge que contrajo la deuda.

(2) El cónyuge que paga una deuda de la comunidad con posterioridad a la distribución de los bienes gananciales dispone de una acción de resarcimiento de la mitad del pago frente al otro cónyuge.

V. Derecho antidiscriminación en la Unión Europea

ALEJANDRA DE LAMA AYMÁ*

I. REGLAMENTOS

Reglamento (UE) N.º 346/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2013 sobre los fondos de emprendimiento social europeos (DOUE L 115 de 25 de abril de 2013)

Cada vez existen más inversores en el ámbito de la UE que no se limitan a buscar una rentabilidad financiera, sino que persiguen también objetivos de carácter social por lo que en la Unión ha ido surgiendo un mercado de inversión social compuesto en parte por fondos de inversión que invierten en empresas sociales. La actividad de dichos fondos de inversión consiste en proporcionar financiación a las empresas sociales que impulsan el progreso ofreciendo soluciones innovadoras a problemas sociales como por ejemplo contribuyendo a hacer frente a las consecuencias sociales de la crisis financiera.

El Reglamento 346/2013 se inscribe en el marco de la iniciativa a favor del emprendimiento social presentada por la Comisión en su comunicación de 25 de octubre de 2011 titulada «*Iniciativa a favor del emprendimiento social. Construir un ecosistema para promover las empresas sociales en el centro de la economía y la innovación sociales*».

Se sostiene en el Reglamento que resulta necesario establecer un marco reglamentario común sobre el uso de la designación de fondo de emprendimiento social europeo admisible (FESE) que regule, entre otras

* Profesora Agregada Interina de Derecho Civil (Universidad Autónoma de Barcelona).

cosas, la composición de la cartera de los fondos que ejerzan su actividad con esa designación, los destinatarios de sus inversiones, los instrumentos de inversión que puedan emplear y las categorías de inversiones admisibles para invertir en tales fondos, mediante normas uniformes en la Unión.

Entre otras cuestiones, interesa especialmente a efectos del derecho europeo antidiscriminación el artículo 10 del presente Reglamento. En efecto, en él se establece que los gestores de fondos de emprendimiento social europeos admisibles emplearán mecanismos para determinar en qué medida las empresas en cartera admisibles en las que invierte el fondo alcanzan el impacto social positivo que se hayan comprometido a generar.

Así, los procedimientos antedichos deberán analizar el empleo y el mercado laboral, las normas y los derechos en materia de calidad del trabajo, la inclusión social y la protección de determinados grupos, la igualdad de trato y oportunidades, la no discriminación, la salud y la seguridad públicas, el acceso a los sistemas de protección social, salud y educación y los efectos en los mismos.

Debe destacarse la mención a la inclusión social y protección de determinados grupos en la medida en que se establece como criterio la protección de grupos desfavorecidos por ejemplo por motivos de etnia, nacionalidad, sexo,... o, incluso, grupos afectados por una discriminación basada en varios de dichos motivos. Además se hace referencia expresa a la necesidad de que las empresas en cartera respeten la igualdad de trato y de oportunidades así como garanticen la no existencia de discriminación en su actividad.

II. DECISIONES

Decisión N.º 252/2013/UE del Consejo de 11 de marzo de 2013 por la que se establece un marco plurianual para el periodo 2013-2017 para la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La Decisión establece que, teniendo en cuenta los objetivos fundacionales de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y a fin de permitir a la misma desempeñar correctamente sus funciones, deben fijarse los ámbitos temáticos precisos de su actividad en un marco plurianual con una duración de cinco años.

El artículo 2 de la Decisión determina como ámbitos temáticos de actuación de la Agencia el acceso a la justicia, las víctimas de delitos incluida su indemnización, la sociedad de la información y en particular el respeto de la intimidad y la protección de los datos de carácter personal, la integración de la población gitana, la cooperación judicial excepto en asuntos penales, los derechos del niño, la discriminación por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual, la inmigración, el racismo, la xenofobia y la intolerancia a los mismos.

Sin embargo, la Agencia tratará las cuestiones relacionadas con la discriminación por motivos de sexo sólo como parte de su trabajo pero teniendo en cuenta que la recopilación de datos sobre la igualdad de sexos y discriminación por motivos de género corresponde al Instituto Europeo de la Igualdad de Género (art. 3.2 Decisión).

III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE (Sala Tercera) de 28 de febrero 2013, Asunto C-427/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por la Hight Court (Irlanda) en el procedimiento contra Margaret Kenny, Nuala Condon, Eileen Norton, Ursula Ennis, Loretta Barret, Joan Healy, Kathleen Coyne, Sharon Fitzpatrick, Sandra Hennelly, Marian Troy, Antoinette Fitzpatrick, Helena Hatley y Minister for Justice, Equality and Law Reform, Minister for Finance y el Comissioner of An Garda Síochána.

El procedimiento tiene por objeto la interpretación del artículo 141 CE y de la Directiva 75/117/CEE del Consejo de 10 de febrero de 1975 relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores entre los trabajadores masculinos y femeninos. En la sentencia se analiza la existencia de discriminación salarial indirecta por razón de sexo. A este respecto el Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones que deberá tenerse en cuenta un conjunto de factores como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación o las condiciones laborales para determinar si unos trabajadores realizan un mismo trabajo o un trabajo al que puede atribuirse el mismo valor y, por tanto se encuentran en una situación comparable (STJCE de 11 mayo 1999 (TJCE 1999, 101).

Cuando un grupo de trabajadores que no disponen de la misma habilitación o cualificación profesional para ejercer su profesión, debe verificarse si dichos grupos efectúan dicho trabajo tomando en cuenta los elementos relativos a la naturaleza de las tareas que pueden encomendarse a cada uno de dichos grupos de trabajadores, los requisitos de formación exigidos para su ejercicio y las condiciones laborales en que dichas tareas se efectúan.

En este procedimiento existe una diferencia salarial entre trabajadores de diferentes grupos y en la medida en que se trata de una posible discriminación indirecta por razón de sexo, es el empleador quien debe aportar una justificación objetiva de la diferencia de retribución apreciada entre los trabajadores que se consideran discriminados y las personas de referencia.

En relación al grupo de trabajadores a que debe referirse tal justificación debe decirse que si la retribución correspondiente a un grupo es sensiblemente inferior a la correspondiente al otro grupo de referencia y el primer grupo está ocupado mayoritariamente por mujeres y el segundo por hombres ello pone de relieve la existencia de una discriminación siempre y cuando las funciones que realicen sean equivalentes y los datos estadísticos válidos y no meramente fortuitos o meramente coyunturales.

Por otra parte, el interés por mantener unas buenas relaciones laborales puede ser tenido en cuenta por el tribunal nacional para apreciar si las diferencias son objetivas y responden al principio de proporcionalidad.

STJUE (Sala Primera) de 6 de noviembre de 2012 en el asunto C-286/12 que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto con arreglo al artículo 258 TFUE (RCL 2009, 2300), el 7 de junio de 2012, Comisión Europea contra Hungría.

Mediante el recurso la Comisión Europea solicita al Tribunal de Justicia que declare que Hungría ha incumplido las obligaciones que incumben en virtud de los artículos 2 y 6, apartado 1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (LCEur 2000, 3383), relativa al estableci-

miento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación al adoptar un régimen nacional que obliga a cesar en su actividad a jueces, fiscales y notarios que han alcanzado la edad de 62 años y entraña una diferencia de trato por motivos de edad que no se justifica por objetivos legítimos y, en todo caso no tiene carácter adecuado y necesarios en relación con los objetivos perseguidos.

Los objetivos de la medida no aparecían en la normativa nacional pero Hungría alegó que éstos eran, por una parte, la uniformización, en las profesiones de la función pública del límite legal del cese obligatorio de la actividad para garantizar la viabilidad del sistema de pensiones, un elevado nivel de empleo y la mejora en la eficacia de la administración de justicia y por otra, el establecimiento de una estructura por edades más equilibrada. El Tribunal considera que dichos objetivos son legítimos.

En cuanto al carácter adecuado y necesario el Tribunal considera que se da el carácter adecuado de las medidas en relación al primer objetivo en la medida en que pretende si no eliminar, al menos reducir considerablemente la diversidad de los límites de la edad de cese obligatorio de la actividad profesional en el ámbito de la justicia.

Sin embargo, las medidas adoptadas exceden de lo necesario para alcanzar dicho profesión de objetivo pues los profesionales de justicia podían permanecer en su puesto hasta los setenta años y de forma abrupta y sin escalonamiento se eliminó dicha posibilidad sin que fuera posible que tomaran medidas para compensar la reducción del 30% de sus ingresos que supuso la medida. Por ello, Hungría ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2 y 6 apartado 1 de la Directiva.

IV. INFORMES

Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones elaborado en aplicación del artículo 25 del TFUE sobre el progreso hacia la ciudadanía de la Unión durante el período 2011-2013

En el Informe se analiza la evolución de los avances en relación al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Se hace notar la existencia de una serie de procedimientos contra Estados miembros (Austria, Bélgica, Alemania, Grecia y Luxemburgo) para impugnar disposiciones nacionales que reservaban el acceso a la profesión de notario a los nacionales del Estado miembro en cuestión.

También se inició un procedimiento contra Austria por una normativa nacional que concedía tarifas de transporte público reducidas únicamente a los estudiantes cuyos padres percibían prestaciones familiares austríacas y otro contra Malta por una normativa nacional que impedía a los no nacionales acceder a tarifas reducidas de agua y electricidad en igualdad de condiciones que los nacionales.

Además, la Comisión ha dado orientaciones, directrices y/o medidas sobre no discriminación en el ámbito de acceso a las actividades o competiciones deportivas [SEC (2011) 66/2], impuestos sobre sucesiones transfronterizas [COM (2011) 864], sistema de viñetas para turismos y motocicletas no discriminatorios [COM (2011) 199], y de los destinatarios de servicios [COM (2012) 261, SWD (2012) 146].

Finalmente, está en marcha un estudio para evaluar la forma en que las legislaciones nacionales aplican el principio de no discriminación por razón

de nacionalidad en el ámbito del acceso a la enseñanza superior incluidas las ayudas económicas y existe una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos concedidos a los trabajadores en el marco de la libre circulación de los trabajadores [COM (2013) 236].

VI. Derecho de autor en la Unión Europea

JAVIER POU DE AVILÉS SANS*

1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJCE (Sala 1ª), de 18 de abril de 2013, asunto C-103/2011, que tiene por objeto un recurso de casación interpuesto, con arreglo al artículo 56 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el 26 de febrero de 2011, contra la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 16 de diciembre de 2010, en el asunto Systran y Systran Luxembourg/Comisión (T 19/07, Rec. P II 6083).

Los numerosos documentos contractuales invocados por la Comisión ante el Tribunal General y recordados en el primer motivo del recurso de casación configuran un verdadero contexto contractual, relacionado con el objeto del litigio, cuyo examen detallado resulta indispensable para determinar la eventual ilegalidad del comportamiento reprochado a la Comisión.

Por otra parte, esta afirmación se deriva directamente de la lectura de determinados pasajes de la sentencia recurrida dedicados al fondo del litigio. En efecto, en los apartados 58, 202 y 216 a 222 de la sentencia recurrida, a fin de declarar el carácter ilegal del comportamiento objeto del litigio, el propio Tribunal General comprobó con detenimiento si los documentos contractuales invocados por la Comisión, y a los que se había referido en los apartados 181 a 187 de dicha sentencia, conferirían a la mencionada institución una autorización específica que le permitiera adoptar tal comportamiento.

Por consiguiente, habida cuenta de todas estas consideraciones, es necesario señalar que el Tribunal General consideró erróneamente que el litigio de que se trata era de naturaleza extracontractual, a efectos de los artículos 235 CE y 288 CE, párrafo segundo.

2. Jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea

STPIUE (Sala 6ª), de 12 de abril de 2013, núm. T-401/2008, entre Säveltäjain Tekijänoikeustomisto Teosto ry, como parte demandante, y la Comisión Europea como parte demandada, que tiene por objeto una pretensión de anulación de la Decisión C (2008) 3435 final de la Comisión, de 16 de julio de 2008, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 (CE) y con el artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/C2/38.698-CISAC).

Procede considerar que la cláusula de afiliación tiene un objetivo contrario a la competencia, como destacó la Comisión en los considerandos 127 y 130 de la Decisión impugnada. En efecto, la finalidad de esta cláusula es permitir

* Abogado. Profesor Asociado (Universidad Autónoma de Barcelona).

a las SGC repartirse a los autores en función de su nacionalidad o, al menos, hace más difícil que un autor se afilie a una SGC distinta a la establecida en el país del que es nacional. Mediante dicha cláusula, las SGC se reparten y compartimentan el mercado interior. Según la jurisprudencia, las prácticas colusorias de esta naturaleza figuran entre los ejemplos de prácticas colusorias expresamente consideradas incompatibles con el mercado común en el artículo 81 CE, apartado 1, letra c), y deben calificarse de infracciones evidentes de la competencia. Al obligar a las partes a respetar mercados distintos, a menudo delimitados por las fronteras nacionales, las infracciones de este tipo provocan el aislamiento de estos mercados, neutralizando así el objetivo principal de los Tratados de integración del mercado interior (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de 18 de julio de 2005, *Scandinavian Airlines System/Comisión*, T-241/01, Rec. p. II-2917, apartado 85, y de 27 de julio de 2005, *Brasserie nationale y otros/Comisión*, T-49/02 a T-51/02, Rec. p. II-3033, apartados 173 y 174).

En el caso de autos procede considerar que la cláusula de exclusividad, tal y como se establecía en el contrato tipo y se reprodujo en los acuerdos de representación recíproca, tiene un objeto contrario a la competencia en la medida en que atribuye a una sola SGC, sobre un territorio determinado, el derecho exclusivo a conceder licencias sobre un repertorio dado, creando de ese modo, en beneficio de cada una de las SGC, un monopolio para la concesión de licencias sobre las explotaciones de obras musicales que tengan lugar en el territorio en el que dicha sociedad se halle establecida.

STPIUE (Sala 6ª), de 12 de abril de 2013, núm. T-442/2008, entre *International Confederation of Societes of Authors and Composers (CISAC)*, como parte demandante, contra la Comisión Europea, como parte demandada, que tiene por objeto que tiene por objeto una pretensión de anulación parcial de la Decisión C(2008) 3435 final de la Comisión, de 16 de julio de 2008, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 (CE) y con el artículo 53 del Acuerdo EEE (*Asunto COMP/C2/38.698 – CISAC*)

El mero hecho de que las SGC se reunieran en el marco de las actividades gestionadas por la entidad demandante y de que existan formas de cooperación entre ellas no constituye, por sí mismo, indicio de una concertación prohibida. En efecto, cuando el contexto en que se celebran las reuniones entre empresas acusadas de haber infringido el Derecho de la competencia pone de manifiesto que tales reuniones eran necesarias para tratar conjuntamente cuestiones ajenas a las infracciones de ese Derecho, la Comisión no puede presumir que las mencionadas reuniones tuviesen por objeto acordar prácticas contrarias a la competencia (véase, en este sentido, la sentencia *Dresdner Bank y otros/Comisión*, antes citada, apartados 105 y 145). Obsérvese, a este respecto, que la Comisión no ha aportado ninguna prueba de que las reuniones organizadas por la entidad demandante se refirieran a la restricción de la competencia relativa a las limitaciones territoriales nacionales.

El hecho de que la Comisión haya demostrado la existencia de un acuerdo sobre la cláusula de exclusividad no implica que dicha prueba se haya aportado asimismo respecto de las limitaciones territoriales nacionales.

El fenómeno de las licencias directas, en el que se inscriben la actividad de Celas y las actividades de las SGC que la crearon y que conceden licencias complementarias a las de Celas, no plantea dificultades de control comparables a las que ha puesto de relieve la demandante. Por lo tanto, a falta de explicaciones adicionales, esos elementos invocados por la Comisión no permiten refutar la tesis de la demandante. Lo mismo ocurre con la iniciativa de

un editor, a la que la Comisión se refirió en el considerando 220 de la Decisión impugnada. Aunque ello no se desprenda de ésta, la Comisión admitió en sus escritos presentados ante el Tribunal que esta iniciativa sólo concernía a los derechos de reproducción mecánica. Además, como destaca la demandante, la Comisión nunca explicó, y menos aún en la Decisión impugnada, en qué sentido las condiciones en las que opera un gran editor, que dispone de un repertorio comercialmente atractivo a nivel internacional, son comparables a las condiciones en las que operan las SGC. De cuanto precede resulta que las pruebas invocadas por la Comisión no son suficientes para privar de plausibilidad a la explicación del comportamiento paralelo de las SGC aportada por la demandante, distinta de la existencia de una concertación, basada en la necesidad de garantizar la eficacia de la lucha contra los usos no autorizados de las obras musicales.

3. Resoluciones del Consejo

Resolución del Consejo sobre un plan de acción aduanero de la UE para luchar contra la vulneración de los derechos de propiedad intelectual e industrial para los años 2013 a 2017. (DOUE C 80/1 de 19 de marzo de 2013.)

El consejo es consciente del daño que la vulneración de los derechos de propiedad intelectual e industrial causa a la economía y a la reputación de las empresas y creadores de la UE, y de los beneficios que dichas actividades ilícitas generan a la delincuencia organizada. Asimismo está preocupado por los riesgos que pueden generar las mercancías falsificadas para la Salud y la seguridad del consumidor y del usuario final, así como para el medio ambiente, que se añaden a las consecuencias económicas y sociales.

Por ese motivo elabora un nuevo plan de Acción aduanero para luchar contra la vulneración de los derechos de propiedad intelectual e industrial, invitando a la Comisión y a los estados miembros a aplicarlo.

VII. Derecho de daños en la Unión Europea

BELÉN TRIGO GARCÍA *

I. LEGISLACIÓN

A. LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Decisión del Consejo, de 12 de febrero de 2013, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur sobre Responsabilidad y Compensación suplementario al Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología (DOL núm. 46, de 19 de febrero de 2013, páginas 1-7)

La presente decisión aprueba, en nombre de la Unión, el Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur sobre Responsabilidad y Compensación suplementaria-

* Profesora contratada doctora de Derecho civil (Universidad de Santiago de Compostela).

rio al Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología (art. 1), entrando en vigor en vigor el día de su adopción (art. 3).

De acuerdo con este protocolo (art. 5.7º *Medidas de respuesta*), con miras a definir las medidas de respuesta específicas que la autoridad competente requerirá o adoptará, las Partes podrán, según corresponda, evaluar si ya se han abordado medidas de respuesta en su legislación nacional sobre responsabilidad civil.

En concreto (art. 12 *Aplicación y relación con la responsabilidad civil*), las Partes dispondrán, en su legislación nacional, normas y procedimientos que se ocupen de los daños. Con el fin de cumplir con esta obligación, las Partes estipularán medidas de respuesta de acuerdo con este Protocolo Suplementario y podrán, según proceda: a) aplicar la legislación nacional existente, incluidas, donde proceda, normas y procedimientos generales en materia de responsabilidad civil; b) aplicar o elaborar normas y procedimientos sobre responsabilidad civil específicamente con este fin; o c) aplicar o elaborar una combinación de ambos.

Igualmente, con el fin de estipular en su legislación nacional normas y procedimientos adecuados en materia de responsabilidad civil por daños materiales o personales relacionados con el daño las Partes deberán: a) continuar aplicando su legislación general existente sobre responsabilidad civil; b) desarrollar y aplicar o continuar aplicando su legislación sobre responsabilidad específicamente para tal fin; o c) desarrollar y aplicar o continuar aplicando una combinación de ambas.

Al elaborar la legislación sobre responsabilidad, las Partes abordarán, según proceda y entre otros, los siguientes elementos: a) daños; b) estándar de responsabilidad, incluida la responsabilidad estricta o basada en la culpa; c) canalización de la responsabilidad, donde proceda; d) derecho a interponer demandas.

B. LEGISLACIÓN NACIONAL DE INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO DE NORMAS COMUNITARIAS

Real Decreto 1698/2012, de 21 de diciembre, por el que se modifica la normativa vigente en materia de folleto y de requisitos de transparencia exigibles en las emisiones de valores por la transposición de la Directiva 2010/73/UE (BOE núm. 314, de 31 de diciembre de 2012, páginas 89612-89622)

El RD 1698/2012 incorpora al derecho español la Directiva 2010/73/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por la que se modifican la Directiva 2003/71/CE sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a negociación de valores y la Directiva 2004/109/CE sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado, modificando el Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, y el Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores

estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea.

A propósito de la responsabilidad civil, interesa la modificación del Real Decreto 1310/2005. En primer lugar, afecta al formato y el contenido, estandarizado a nivel de la Unión Europea, del resumen del folleto. Así, se incluye una definición del concepto de información fundamental y los elementos esenciales que debe facilitar el contenido del citado resumen. En segundo lugar, se amplían los supuestos en que cabe exigir responsabilidad civil, al añadir el caso de que el resumen del folleto no facilite, leído junto con las otras partes del folleto, toda la información fundamental que permita a los inversores adoptar decisiones de inversión fundadas, o no permita comparar los valores con otros productos de inversión.

Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2012, páginas 89315-89348)

Este RD 1723/2012 incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2010/53/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante, disponiendo los requisitos mínimos que deben aplicarse a la donación, evaluación, caracterización, obtención, preservación, transporte y trasplante de órganos humanos destinados a trasplante, con el fin de garantizar altos niveles de calidad y seguridad de dichos órganos.

Real Decreto 270/2013, de 19 de abril, sobre el certificado del seguro o la garantía financiera de la responsabilidad civil en el transporte de pasajeros por mar en caso de accidente (BOE núm. 111, de 9 de mayo de 2013, páginas 34838-34842)

El artículo 254 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la marina mercante, dispone que el Gobierno determinará reglamentariamente la obligación de tener asegurada la responsabilidad civil derivada de la explotación de buques. El presente Real Decreto, conforme al Reglamento 392/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente, regula la expedición del certificado que acredite la suscripción y vigencia de un seguro o garantía financiera que cubra la responsabilidad en caso de muerte o lesiones de los pasajeros. Por otra parte, la disposición transitoria de este real decreto hace uso de la facultad de aplazamiento de su aplicación que el Reglamento europeo permite en su artículo 11, en los supuestos de transporte por mar que se realicen dentro de un Estado.

II. JURISPRUDENCIA

A. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Transporte aéreo: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 23 de octubre de 2012 (asuntos acumulados C 581/10 y C 629/10) – En respuesta a una petición de decisión prejudicial, el tribunal declara que los artículos 5 a 7 del Reglamento (CE) n.º 261/2004 del Parlamento Europeo y del Con-

sejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso en los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) n.º 295/91, deben interpretarse en el sentido de que los pasajeros de los vuelos retrasados tienen derecho a ser compensados en virtud de lo dispuesto en dicho Reglamento cuando sufren, debido a tales vuelos, una pérdida de tiempo igual o superior a tres horas, es decir, cuando llegan a su destino tres horas o más después de la hora de llegada inicialmente prevista por el transportista aéreo. Sin embargo, tal retraso no da derecho a una compensación de los pasajeros si el transportista aéreo puede acreditar que el gran retraso se debe a circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables, es decir, a circunstancias que escapan al control efectivo del transportista aéreo.

Responsabilidad medioambiental: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 14 de marzo de 2013 (asunto C 420/11). En respuesta a una petición de decisión prejudicial, el tribunal declara que el artículo 3 de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en su versión modificada por las Directivas 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997, y 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, debe interpretarse en el sentido de que la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente, tal como se prevé en dicho artículo, no incluye la evaluación de las repercusiones del proyecto de que se trate sobre el valor de bienes materiales. No obstante, los perjuicios patrimoniales, en la medida en que sean consecuencia económica directa de las repercusiones sobre el medio ambiente de un proyecto público o privado, están amparados por el objetivo de protección perseguido por dicha Directiva.

La circunstancia de que no se haya realizado una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente, incumpliendo las exigencias de dicha Directiva, no confiere, en principio, por sí misma a un particular, según el Derecho de la Unión y sin perjuicio de normas del Derecho nacional menos restrictivas en materia de responsabilidad del Estado, el derecho a obtener la reparación de un perjuicio puramente patrimonial causado por una disminución del valor de su bien inmueble generada por las repercusiones sobre el medio ambiente del citado proyecto. No obstante, corresponde al juez nacional comprobar si se cumplen las exigencias del Derecho de la Unión aplicables al derecho a obtener una reparación, en particular, la existencia de una relación de causalidad directa entre la violación alegada y los daños sufridos.

B. TRIBUNAL SUPREMO

Sociedad de la información: STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 26 de febrero de 2013 – En relación con las opiniones vertidas en el foro de debate abierto en una página web, constitutivas de atentado al derecho al honor, se discute la aplicación del régimen de exclusión establecido en la Directiva 2000/31/CE y en los artículos 13.1 y 16 de la LSSICE que incorpora al ordenamiento jurídico español tal directiva. Al respecto, se reitera la doctrina establecida en las SSTs 9 de diciembre de 2009, 18 de mayo de 2010 y 10 de febrero de 2011 en el sentido de que el prestador no será responsable de lo publicado por los usuarios en su página web cuando no tenga

conocimiento efectivo del contenido vejatorio y evidente y ello por cualquier medio fehaciente, sin necesidad de declaración previa de ilicitud o cuando habiendo tenido conocimiento efectivo del mismo haya procedido con premura a suprimirlo. Por otra parte, el tribunal declara la improcedencia de la cuestión prejudicial formulada al entender que no existe duda alguna sobre la compatibilidad entre la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico, transpuesta mediante la LSSICE, y la Ley de Protección del honor, la intimidad y la propia imagen: solo cuando se cumplen los requisitos exigidos para determinar la responsabilidad del prestador de servicios puede imponérsele la obligación de indemnizar a las personas lesionadas en su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen por vulneración cometida por medios electrónicos.

Sociedad de la información: STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 4 de marzo de 2013 – Reconocido que Google presta un servicio de búsqueda de páginas web y enlaces, realizando únicamente funciones de intermediaria entre usuarios y páginas web y en ningún caso elabora o participa en la redacción de la información que figura en las páginas web, su responsabilidad por supuesta vulneración al derecho al honor ha de enjuiciarse aplicando la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, que incorpora la Directiva 2000/31/CE, 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio, y particularmente el artículo 17 de dicho texto legal, relativo a la responsabilidad a las empresas que prestan servicios de intermediación.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (noviembre 2012-mayo 2013)

GUILLEM CANO PALOMARES*

Asunto Eusko Abertzale Ekintza-Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) c. España (n.º 2) (demanda n.º 40959/09), sentencia de 15 de enero de 2013. Artículo 11 del CEDH (derecho a la libertad de asociación).

El demandante era un partido político vasco creado en 1930. Su ideología se fundaba en la afirmación de la especificidad de *Euskal Herria* y su derecho a decidir libremente sobre su porvenir. Con la instauración de la democracia, el partido concurrió a las elecciones generales al Parlamento español, pero ninguno de sus candidatos fue elegido. El partido fue inscrito en el Registro de partidos políticos del Ministerio del Interior en 1977. En sus estatutos precisaba que repudiaba la violencia y que para lograr sus objetivos, utilizaría todos los medios lícitos posibles. En su congreso de 1978, el partido apoyó a la formación Herri Batasuna, si bien recalando las divergencias políticas existentes entre las dos formaciones.

En las elecciones municipales y autonómicas de 2007, el partido demandante presentó candidaturas en el País Vasco y en Navarra. Mediante decisión de 5 de mayo de 2007, la Sala especial del Tribunal Supremo anuló 133 listas de candidatos presentadas por el partido demandante. El partido demandante acudió al TEDH tras interponer un recurso de amparo. Mediante sentencia de 7 de diciembre de 2010, el TEDH concluyó que la anulación de las candidaturas del partido demandante no había vulnerado los artículos 3 del Protocolo núm. 1 al CEDH (derecho a elecciones libres), 10 (libertad de expresión) y 11 (libertad de asociación) del CEDH.

Mediante sentencia de 22 de septiembre de 2008, el Tribunal Supremo declaró ilegal al partido demandante y falló su disolución definitiva por haber «colaborado reiterada y gravemente con Batasuna, complementando y apoyando políticamente, en consecuencia, a la organización terrorista ETA». Fundamentó su decisión el artículo 9.2 a) y c) combinado con el párrafo 3 b), d), f), g) y h) de la Ley Orgánica 6/2002 sobre los partidos políticos en razón de «el total apoyo político así como la parcial asistencia financiera de ANV a la organización ilegal Batasuna». El Tribunal se basó en los elementos de prueba siguientes, entre otros: la anulación de las 133 listas de candidatos a

* Letrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los resúmenes de esta crónica no vinculan en modo alguno al Tribunal ni a su Secretaría. Estos resúmenes están basados en las sentencias y decisiones del TEDH y en algunas traducciones de las mismas al español realizadas por los Servicios del Departamento de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía del Estado. Las sentencias y decisiones originales en francés/inglés y las traducciones al español pueden consultarse en la página web del TEDH (<http://www.echr.coe.int/echr/fr/hudoc>).

las elecciones de 2007 por vínculos con Batasuna; la participación de Batasuna en la campaña electoral del demandante y los llamamientos al voto para EAE-ANV; las declaraciones y reacciones de los dirigentes de Batasuna a raíz de la anulación de las listas electorales del partido demandante; la apropiación por parte de Batasuna y de ETA de los resultados de las elecciones; la reacción del partido demandante ante el atentado contra el cuartel de la Guardia Civil en Durango, rechazando firmar un comunicado del ayuntamiento condenando el atentado; la declaración en la cual el alcalde de Hernani (EAE-ANV), tras el atentado de la terminal nº 4 del aeropuerto de Barajas en Madrid, había pedido un aplauso para dos presuntos miembros de ETA a quienes se atribuía ese atentado; los homenajes del partido a miembros de ETA detenidos o fallecidos; la utilización de símbolos o eslóganes que demostraban la confusión del partido con ETA; la campaña para boicotear la constitución de ayuntamientos en los municipios en que ANV no había podido presentarse. El Tribunal Supremo también consideró probada la colaboración financiera entre el partido demandante y Batasuna.

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia de 29 de enero de 2009, desestimó el recurso de amparo presentado por el partido demandante.

La demanda fue interpuesta ante el TEDH el 24 de julio de 2009. Invocando los artículos 10 y 11 CEDH, el partido demandante alegaba que su disolución había vulnerado su derecho a la libertad de expresión y su derecho a la libertad de asociación.

El TEDH considera que la injerencia en el derecho a la libertad de asociación estaba «prevista por la ley» (Ley Orgánica sobre los partidos políticos) y perseguía varios de los objetivos legítimos enumerados en el artículo 11 CEDH (mantenimiento de la seguridad pública, defensa del orden y protección de los derechos y libertades de terceros). El Tribunal señala que el Tribunal Supremo describió comportamientos que, por una parte, le permitieron constatar la existencia de una colaboración política entre el partido demandante y ETA/Batasuna y que, por otra, favorecieron un clima de confrontación civil. Sobre los primeros, tuvo en cuenta la integración de Batasuna en ciertas listas de candidaturas presentadas por el partido demandante, en número suficiente de sus miembros para continuar su acción política a través de estos, el llamamiento al voto por parte de Batasuna al partido demandante, su participación activa en la campaña electoral y la apropiación de sus resultados, así como el empleo de términos amenazantes idénticos a los empleados por Batasuna en carteles. Respecto a los comportamientos que han favorecido un clima de confrontación civil, el TEDH señala particularmente la campaña de intimidación llevada a cabo contra ciertos electos para que no aceptaran sus escaños, los problemas para la constitución de algunos ayuntamientos en municipios donde las candidaturas del partido demandante habían sido anuladas, o los homenajes a militantes de ETA. El TEDH tiene igualmente en cuenta la existencia de una relación económica entre el demandante y Batasuna/ETA.

Estimando el TEDH que las jurisdicciones internas llegaron a conclusiones razonables tras un examen profundo de los elementos de los que disponían, no ve ninguna razón para apartarse del razonamiento seguido por el Tribunal Supremo, concluyendo en la existencia de un vínculo entre el partido demandante y ETA/Batasuna. El TEDH considera que los actos y discursos imputables al partido demandante, así como su apoyo económico parcial a Batasuna/ETA, forman un conjunto que da una imagen nítida del modelo de sociedad que concibe y preconiza, que está en contradicción con el con-

cepto de «sociedad democrática» (véase *Herri Batasuna y Batasuna c. España*, sentencia de 30 de junio de 2009). En consecuencia, la sanción impuesta puede ser considerada como una respuesta a una «necesidad social imperiosa». Dado el peligro que representa dicho proyecto para la democracia española, la ilegalización fue proporcionada a los objetivos legítimos perseguidos y puede ser considerada, en consecuencia, como «necesaria en una sociedad democrática». Por consiguiente, el TEDH falla que no ha habido vulneración del artículo 11 CEDH. Estima seguidamente que no es necesario examinar por separado la quejas planteada desde la perspectiva del artículo 10 CEDH.

Asunto García Mateos c. España (demanda n.º 38285/09), sentencia de 19 de febrero de 2013. Artículos 6 (derecho a un proceso equitativo) y 14 (prohibición de discriminación) del CEDH.

La demandante trabajaba como asalariada en un hipermercado. Trabajaba a plena jornada, siguiendo un régimen de turnos rotatorios de mañana y tarde, de lunes a sábado. Tras solicitar la reducción de jornada por razón de la guarda legal de su hijo menor de 6 años, basándose en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores. Tras la negativa de su empleador y la conciliación previa, la demandante interpuso un procedimiento especial ante la jurisdicción de lo social. Mediante sentencia de 25 de septiembre de 2003, el Juez de lo social n.º 1 de Madrid desestimó la demanda. La demandante presentó un recurso de amparo. Mediante sentencia de 15 de enero de 2007, el Tribunal Constitucional estimó el recurso, considerando que hubo violación del principio de no discriminación por razón de sexo debido a que la negativa del órgano judicial a reconocer la concreta reducción de jornada solicitada se convirtió en un obstáculo injustificado para la compatibilidad de la vida profesional de la demandante con su vida familiar. Ordenó al Juez de lo social que dictara una nueva sentencia, conforme al derecho fundamental vulnerado. Mediante nueva sentencia de 6 de septiembre de 2007, el Juez de lo social desestimó de nuevo la demanda, señalando que la reducción de jornada solicitada rebasaba los límites del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, en lo referente a su petición de no trabajar los jueves, viernes y sábados, días que forman parte de la jornada ordinaria de trabajo.

Ante un nuevo recurso de amparo interpuesto por la demandante, el Tribunal Constitucional, mediante decisión motivada de 12 de enero de 2009, consideró que su sentencia de 15 de enero de 2007 no había sido ejecutada correctamente, y declaró nula la sentencia de 6 de septiembre de 2007 del Juez de lo social. Estimó, sin embargo, que no era necesario reenviar el caso al Juez de lo social en la medida en que un nuevo juicio no tendría sentido, dada la edad del hijo de la demandante. Rechazó la demanda de indemnización que había formulado la demandante de manera alternativa, ya que no estaba amparada por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

La demandante acudió al TEDH el 24 de junio de 2009, invocando los artículos 6. 1 (derecho a un proceso equitativo), 13 (derecho a un recurso efectivo) y 14 (principio de no discriminación) del CEDH.

El Gobierno alegaba que no se habían agotado las vías de recurso internas antes de acudir al TEDH. En particular, la demandante hubiera podido presentar una demanda de indemnización ante el Ministerio de Justicia, por error judicial o funcionamiento anormal de la justicia (LOPJ); o una acción tendente a la protección de los derechos fundamentales basándose en la Ley de Procedimiento Laboral. El TEDH rechaza la excepción preliminar del

Gobierno y considera que no se puede reprochar a la demandante el no haber agotado otras vías de recurso, cuando incluso la que ha seguido ha sido ineficaz tras seis años de procedimiento.

En cuanto al fondo, el TEDH recuerda que el artículo 6. 1 CEDH impone a los Estados la obligación de poner a disposición de los demandantes un sistema que les permita lograr la ejecución correcta de las decisiones dictadas por las jurisdicciones internas. En el presente caso, el Tribunal Constitucional reconoció que se había infringido el derecho de la demandante a la ejecución de su primera sentencia que reconocía la violación del principio de no discriminación. Una decisión o medida favorable al demandante no basta en principio a retirarle su condición de «víctima» a menos que las autoridades nacionales hayan reconocido, explícitamente o en substancia, y reparado posteriormente la violación del Convenio. A pesar de las dos sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, la violación constatada por este no ha sido reparada todavía. La intención inicial de la demandante no era la de conseguir una reparación económica, sino la de ver reconocido su derecho a una jornada de trabajo reducida para ocuparse de su hijo antes de que cumpliera los seis años de edad. Fue más adelante, al sobrepasar su hijo la edad legalmente prevista para poder beneficiarse de la reducción de la jornada laboral, cuando formuló su demanda de indemnización. Cuando el Tribunal Constitucional dictó su segunda decisión, la restitución en la integridad del derecho de la demandante no era ya posible. El TEDH constata sin embargo que la protección concedida por el Tribunal Constitucional fue ineficaz. Por una parte, la demanda de reducción de jornada no obtuvo respuesta en cuanto al fondo, a pesar de que las dos sentencias del Juez de lo social habían sido declaradas nulas. Por otra parte, el recurso de amparo ha perdido su funcionalidad al haber considerado el Tribunal Constitucional que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no prevé la concesión de indemnizaciones como medio de reparación de una violación de un derecho fundamental. La no restitución en la integridad del derecho de la demandante ha hecho ilusoria la protección acordada por la concesión del amparo por parte del Tribunal Constitucional.

El TEDH concluye que, en el presente caso, se ha producido una vulneración del artículo 6. 1 combinado con el artículo 14 CEDH. Estima que no procede analizar por separado si ha habido también violación del artículo 13 CEDH. El TEDH concede a la demandante 16.000 euros en concepto de daño moral.

Asunto Gani c. España (demanda n.º 61800/08), sentencia de 19 de febrero de 2013. Artículos 6.1 y 6.3 d) del CEDH (derecho a un proceso equitativo; derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra).

El 3 de junio de 2004, tras la denuncia a la policía de N., su ex pareja y madre de su hijo, el demandante fue detenido. Se abrieron diligencias preliminares contra él por haber cometido graves delitos de lesiones, secuestro y violación en la persona de N. N. testificó ante el juez instructor en una comparecencia a la que no acudió el abogado del demandante (22 de julio de 2004). Esta declaración fue transcrita e incorporada al sumario del caso.

Durante la vista ante la Audiencia Provincial de Barcelona, N. empezó a responder a las preguntas formuladas por el Ministerio público, pero su declaración tuvo que ser interrumpida, debido a su estado post-traumático

que le impedía testificar. Estos síntomas fueron confirmados por un informe médico tras la audiencia. Como consecuencia, N. no pudo ser interrogada por el fiscal, la acusación particular o el abogado del demandante. Como alternativa al interrogatorio, la Audiencia Provincial ordenó la lectura de las declaraciones realizadas por N. durante la fase de instrucción. El demandante dio su versión de los hechos.

El 5 de mayo de 2006, la Audiencia Provincial de Barcelona condenó al demandante por un delito de amenazas graves, un delito de allanamiento de morada con violencia e intimidación, dos faltas de lesiones corporales leves, dos delitos de secuestro bajo amenaza, un delito de violación con la agravante de los vínculos familiares, un delito contra la integridad moral de N. con la agravante de los vínculos familiares, y un delito de falsificación de documentos oficiales. La condena se basó principalmente en las declaraciones sumariales de N., que habían sido admitidas como prueba y leídas durante la vista.

El demandante presentó un recurso de casación ante el Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo, mediante sentencia de 21 de febrero de 2007, revocó parcialmente la sentencia de la Audiencia Provincial, reduciendo la pena impuesta respecto a algunos delitos. El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional fue declarado inadmisibile por carencia manifiesta de contenido constitucional en una decisión notificada el 3 de julio de 2008.

El demandante interpuso una demanda ante el TEDH el 10 de diciembre de 2008. Invocando los artículos 6.1 y 6.3 d) CEDH, se quejaba de que no tuvo la adecuada oportunidad, ni durante la fase de instrucción ni durante la audiencia, de interrogar a la víctima, la única testigo de cargo en relación con todos los delitos por los que fue condenado con excepción del de falsificación de documentos oficiales.

El TEDH constata en primer lugar que el abogado del demandante habría podido plantear preguntas a N. en la comparecencia de 22 de julio de 2004. Está claro que el demandante tuvo la oportunidad de interrogar a N. pero su abogado, injustificadamente, perdió esa oportunidad al no asistir a dicha comparecencia, sin proporcionar una justificación.

En cuanto a la posibilidad de interrogar a N. durante la audiencia, el TEDH observa que la Audiencia Provincial suspendió la audiencia vista la incapacidad de N. para describir lo que había sucedido y que, una vez comprobado médicamente que N. sufría estrés postraumático, ordenó que se le ofreciera apoyo psicológico con el fin de poder terminar el interrogatorio. Después de infructuosos esfuerzos, incluyendo apoyo médico, para que N. continuara con su declaración, la Audiencia decidió que sus declaraciones sumariales fueran leídas en voz alta como alternativa al interrogatorio. La Audiencia tuvo en cuenta que N. no estaría preparada para un interrogatorio en un lapso razonable de tiempo y que el demandante estaba en prisión provisional. El TEDH considera que la Audiencia no puede ser acusada de falta de diligencia para proporcionar al demandante la oportunidad de interrogar a la víctima/testigo.

El TEDH examina por último si la admisión como prueba de las declaraciones sumariales de N. estuvo acompañada por factores compensatorios suficientes. En las circunstancias del caso, los intereses de la justicia estaban a favor de admitir las declaraciones de N. como prueba. Dichas declaraciones fueron leídas en voz alta ante la Audiencia Provincial y se permitió al demandante cuestionar su veracidad dando su propia versión de los hechos. Los tribunales nacionales compararon cuidadosamente ambas versiones de los hechos y consideraron que la versión de N. era lógica y suficientemente deta-

llada para eliminar cualquier sospecha de simulación o venganza. También tuvieron en cuenta la declaración de N. en la audiencia que, aunque incompleta, sirvió para corroborar sus declaraciones previas. La veracidad de las declaraciones de N. fue corroborada por pruebas indirectas y por los informes médicos que confirmaban que sus lesiones y su estado psicológico eran compatibles con su narración de los hechos. En consecuencia, vista la equidad de los procedimientos en su totalidad, la admisión como prueba de las declaraciones sumariales de N. no supuso una vulneración de los artículos 6.1 y 6.3 d) del CEDH.

Asunto Varela Geis c. España (demanda n.º 61005/09), sentencia de 5 de marzo de 2013. Artículos 6.1 y 6.3 a) y b) del CEDH (derecho a un proceso equitativo; derecho a ser informado de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada; derecho a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa), artículos 9 (libertad de pensamiento) y 10 (libertad de expresión) del CEDH.

El demandante era el propietario y director de una librería especializada en Barcelona, que vendía en especial obras sobre el Holocausto. Mediante sentencia de 16 de noviembre de 1998, el juzgado núm. 3 de lo penal de Barcelona le condenó a una pena de dos años de prisión por delito continuado de genocidio tipificado en el artículo 607.2 del Código Penal (CP), así como a tres años de prisión por delito continuado de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas o antisemitas, en virtud del artículo 510.1 del mismo código. El juez consideró que la mayoría del material vendido en la librería del demandante tenía relación con el Holocausto, la Alemania nazi y el Tercer Reich, que exaltaba el régimen nacional socialista y negaba la persecución del pueblo judío.

El demandante apeló ante la Audiencia Provincial de Barcelona. Por decisión de 14 de septiembre de 2000, la Audiencia Provincial decidió plantear una cuestión prejudicial de inconstitucionalidad respecto del artículo 607.2 del CP ante el Tribunal Constitucional. Mediante sentencia núm. 235/2007 de 7 de noviembre de 2007, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 607 del CP en su parte relativa a la negación del genocidio, en particular las palabras «negando o».

El 10 de enero de 2008 tuvo lugar una audiencia pública sobre el fondo del asunto ante la Audiencia Provincial de Barcelona. El demandante preguntó si se mantenía la acusación formulada en virtud del artículo 607.2 del CP. La Audiencia Provincial señaló que no había lugar a contestar a esa pregunta. El ministerio fiscal retiró la acusación de negación de genocidio y solicitó la condena únicamente por el delito de incitación a la discriminación, al odio y a la violencia racial. Las acusaciones particulares solicitaron la confirmación de la sentencia *a quo*, incluso en lo que respecta al artículo 607.2 del CP.

Por sentencia de 5 de marzo de 2008, la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia impugnada, absolvió al demandante del delito previsto en el artículo 510 CP y le condenó a siete meses de prisión por un delito de justificación del genocidio, según el artículo 607.2 CP. Para la Audiencia Provincial, incluso después de la eliminación de todas las referencias al negacionismo de entre el conjunto de los hechos considerados como probados por la sentencia *a quo*, el artículo 607.2 del CP todavía era aplicable en este caso en lo que respecta al delito de «justificación del genocidio».

El recurso de amparo fue declarado inadmisibles mediante decisión del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 2009, notificada el 7 de mayo de 2009.

La demanda fue interpuesta ante el TEDH el 5 de noviembre de 2009. Invocando los artículos 6.1 y 6.3 a) y b) del CEDH, el demandante se quejaba de haber sido condenado en apelación por un delito que no fue objeto de acusación ni de su condena en primera instancia. Amparándose en los artículos 9 y 10 CEDH, alegaba que la condena vulneraba la libertad de pensamiento y la libertad de expresión.

El TEDH señala que en los escritos de acusación provisional, tanto el ministerio fiscal como las acusaciones particulares se basaban en hechos derivados de la negación del Holocausto. La sentencia de primera instancia se refería también a la distribución y venta de materiales donde se negaba el genocidio sufrido por el pueblo judío. El TEDH considera que el Gobierno no ha presentado ningún elemento capaz de establecer que el demandante fuera informado del cambio de calificación realizado por la Audiencia Provincial. No se deduce tampoco que la Audiencia Provincial o el ministerio fiscal, en el transcurso de los debates, hubieran mencionado la posibilidad de una recalificación. En consecuencia, no está establecido que el demandante tuviera conocimiento de la posibilidad de una recalificación de los hechos de «negación» en «justificación» del genocidio por la Audiencia Provincial. La justificación del genocidio no constituía un elemento intrínseco de la acusación inicial.

El TEDH considera que la Audiencia Provincial de Barcelona debía dar la oportunidad al demandante de ejercer su derecho a la defensa respecto a la recalificación de los hechos de manera concreta y efectiva. El TEDH concluye, por lo tanto, que hubo una violación de los artículos 6. 1 y 6. 3 a) y b) del CEDH. Señala que las quejas invocadas en virtud de los artículos 9 y 10 CEDH están íntimamente relacionadas con las quejas relativas al artículo 6 CEDH, y que por lo tanto no procede examinarlas por separado.

El TEDH concede al demandante 8.000 euros en concepto de daño moral y 5.000 euros en concepto de costas y gastos ante el Tribunal.

Otras sentencias relevantes desde el punto de vista del Derecho Civil

Asunto V.K. c. Croacia (demanda 38380/08), sentencia de 27 de noviembre de 2012. Artículo 12 del CEDH (derecho a contraer matrimonio): dilaciones en un procedimiento de divorcio que retrasaron la posibilidad de volver a contraer matrimonio.

Asunto A.K. y L. c. Croacia (demanda 37956/11), sentencia de 8 de enero de 2013. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): privación de la patria potestad a una persona con discapacidad mental y procedimiento de adopción de su hijo sin ser informada.

Asunto Petkov c. Bulgaria (demanda 2834/06), sentencia de 19 de febrero de 2013. Artículo 6 del CEDH (derecho a un proceso equitativo): aplicación retroactiva de una nueva jurisprudencia a un procedimiento civil pendiente.

Asunto X. y otros c. Austria (demanda 19010/07), sentencia de Gran Sala de 19 de febrero de 2013. Artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y 14 (principio de no discriminación) del CEDH: imposibilidad de adoptar el hijo biológico de la compañera miembro de una pareja del mismo sexo.

Asunto Vojnity c. Hungría (demanda 29617/07), sentencia de 12 de febrero de 2013. Artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y 14 (principio de no discriminación) del CEDH: privación de los derechos de visita de un padre por razón de sus creencias religiosas.

Asunto Fabris c. Francia (demanda 16574/08), sentencia de Gran Sala de 7 de febrero de 2013. Artículo 1 del Protocolo núm. 1 (protección de la propiedad) y 14 (principio de no discriminación) del CEDH: discriminación entre hijos legítimos e ilegítimos a efectos sucesorios.

Asunto Raw y otros c. Francia (demanda 10131/11), sentencia de 7 de marzo de 2013. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): no ejecución de una sentencia ordenando la restitución de dos menores al Reino Unido, en aplicación del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

LIDIA ARNAU RAVENTÓS*

STJUE 15 de noviembre de 2012. Gothaer Allgemeine Versicherung AG, ERGO Versicherung AG, Versicherungskammer Bayern-Versicherungs-Anstalt des öffentlichen Rechts, Nürnberger Allgemeine Versicherungs-AG, Kronos AG v. Samskip GmbH. Petición de decisión prejudicial. Landgericht Bremen (Alemania). Interpretación de los artículos 32 y 33 del Reglamento (CE) n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El primero define qué es «resolución» a efectos del Reglamento, siendo así que incluye cualquier decisión adoptada por el Tribunal de un Estado miembro. A tales efectos, resulta indiferente el modo cómo el Derecho de los Estados miembros califique tales decisiones. El TJUE resuelve, en consecuencia y a la luz del objetivo y finalidad del Reglamento, que el concepto «resolución» debe interpretarse de forma amplia, incluyendo una resolución en virtud de la cual el tribunal de un Estado miembro declina su competencia con base en una cláusula atributiva de competencia y con independencia de la denominación que reciba tal resolución en el derecho interno. Por lo demás, habida cuenta que, en principio y según el artículo 33, una resolución judicial debe desplegar en el Estado requerido los mismos efectos que en el Estado de origen, el Tribunal ante el que se solicita el reconocimiento no puede entrar a valorar el fondo de la resolución y, en concreto, la cuestión de la validez de aquella cláusula de atribución de competencia. Permitirlo, con el riesgo de que el tribunal requerido la estimase nula, resultaría contrario al principio de confianza recíproca en la justicia dentro de la Unión Europea.

STJUE 22 de noviembre de 2012. Bank Handlowy w Warszawie SA, PPHU «ADAX»/Ryszard Adamiak v. Christianapol sp. z.o.o. Petición de decisión prejudicial. Sad Rejonowy Poznan-Stare Miasto w Poznaniu (Polonia). Interpretación del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia. El artículo 4.2, letra j, del Reglamento establece que es la ley del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia la que determinará, entre otros aspectos, las condiciones y los efectos de la conclusión del procedimiento de insolvencia. A propósito de la disposición se pregunta si el concepto «conclusión del procedimiento» tiene un significado autónomo, propio del Reglamento o si

* Profesora Agregada de Derecho civil de la Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo Consolidado 2009 SGR 221 y del Proyecto DER 2011-26892, ambos dirigidos por el Prof. Dr. Ferran Badosa Coll.

corresponde al Derecho nacional determinar en qué momento se produce. La trascendencia de la cuestión estriba, en el caso *a quo*, en que mientras esté todavía pendiente un procedimiento principal en uno de los Estados miembros no es posible que se abra otro en otro Estado (si es que, además, el centro de intereses del deudor se hubiere trasladado a éste); en su caso, cabría incoar un procedimiento secundario, que se limitaría a los bienes del deudor situados en el territorio del Estado en el que se abriera ese segundo procedimiento. A fin de resolver la petición, el Tribunal recuerda que el Reglamento no pretende instaurar un procedimiento de insolvencia uniforme sino sólo garantizar que los procedimientos transfronterizos se desarrollen de forma eficaz y efectiva. Siendo ello así y calificada la regla contenida en el artículo 4.2, letra j, como una auténtica norma de conflicto, se concluye que corresponde a la ley del Estado de apertura determinar cuándo se ha concluido el procedimiento. Se pregunta, en segundo lugar, si es posible abrir un procedimiento secundario de insolvencia (que según el artículo 27 debe ser necesariamente un procedimiento de liquidación) mientras está pendiente en otro Estado miembro un procedimiento principal de finalidad protectora (esto es: destinado a facilitar la reorganización de la empresa, la continuación de la actividad empresarial y el pago del pasivo). El TJUE lo estima posible, si bien corresponde al tribunal competente para abrir un procedimiento secundario tomar en consideración los objetivos del procedimiento principal y observar el principio de cooperación leal. En respuesta a una tercera cuestión prejudicial, el TJUE responde también que, en aplicación del artículo 27 del Reglamento, el tribunal competente para abrir un procedimiento secundario no puede examinar la insolvencia del deudor. Tal disposición se acomoda también a lo previsto en el artículo 16.1, en cuya virtud el procedimiento principal de insolvencia abierto en un Estado miembro (cuyos tribunales, en consecuencia, sí habrán valorado aquella insolvencia) debe ser reconocido en los restantes Estados miembros. Con ello se persiguen evitar las disfunciones que generaría la aplicación, por distintos tribunales, de conceptos divergentes de insolvencia.

STJUE 22 de noviembre de 2012. Joan Cuadrench Moré v. Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV (KLM). Petición de decisión prejudicial. Audiencia Provincial de Barcelona. Interpretación del Reglamento n.º 261/2004, del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. Se pregunta cuál es el plazo para reclamar la compensación prevista en el artículo 5 para el caso de cancelación del vuelo y, en concreto, si debe aplicarse el artículo 35 del Convenio de Montreal u otra norma (así, la nacional). El artículo 35 del Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, establece un plazo de 2 años a partir de la llegada a su destino o del día en que la aeronave hubiere debido llegar o de la detención del transporte. El TJUE invoca jurisprudencia reiterada según la cual, a falta de normativa de la Unión en la materia, corresponde al Derecho interno establecer la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos reconocidos en el Derecho de la Unión. Por lo demás, se descarta la aplicación del artículo 35 del Convenio de Montreal por entender que la compensación prevista en el artículo 5 del Reglamento no entra en su ámbito de aplicación.

STJUE 22 de noviembre de 2012. Pedro Espada Sánchez, Alejandra Oviedo Gonzáles, Lucía Espada Oviedo, Pedro Espada Oviedo v. Iberia Línea Aéreas de España, S.A. Petición de decisión prejudicial. Audiencia Provincial de Barcelona. Interpretación del artículo 22.2 del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, celebrado en Montreal, el 28 de mayo de 1999. El precepto versa acerca de los límites de responsabilidad por causa de retraso o pérdida de equipaje y en cuya virtud, en este segundo caso, la responsabilidad del transportista se limita a 1000 derechos especiales de giro por pasajero. Se pregunta si esto último se aplica también al pasajero que reclama indemnización a causa de la pérdida de equipaje facturado a nombre de otro (en el caso *a quo*, el equipaje de las cuatro personas se había repartido en dos maletas). El TJUE recuerda que el artículo 31 del Convenio ordena interpretar sus normas de acuerdo con el principio de buena fe y constata que el artículo 22 no distingue entre equipaje facturado y no facturado. Con estas premisas, resuelve que tienen derecho a indemnización los pasajeros cuyo equipaje fue facturado a nombre de otro. No obsta a ello el artículo 3.3 del Convenio que se limita sólo a imponer a la compañía una obligación de identificación del equipaje facturado (así, entregando al pasajero un talón de identificación), pero sin que de ello pueda derivarse una limitación de responsabilidad por pérdida.

STJUE 13 de diciembre de 2012. Iwona Szyrocka v. SiGer Technologie GmbH. Petición de decisión prejudicial. Sad Okregowy we Wroclawiu (Polonia). Interpretación del Reglamento n.º 1896/2006, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo. Se pregunta, en primer, lugar, si el artículo 7 del Reglamento regula exhaustivamente los requisitos que debe cumplir un requerimiento europeo de pago o si sólo contiene los requisitos mínimos de esta petición, siendo de aplicación el derecho nacional para el resto. Estima el TJUE que la redacción del artículo 7 no contiene ningún elemento que permita entender que los Estados miembros puedan adicionar requisitos complementarios. Tal conclusión, además, es coherente con la finalidad del Reglamento, que es la de simplificar y acelerar los costes de litigación en asuntos transfronterizos relativos a créditos dinerarios no impugnados. En el caso *a quo*, se trataba de saber si el órgano nacional podía instar al demandante a completar la petición de requerimiento de pago indicando la cuantía del litigio en moneda polaca a los efectos de poder determinar las tasas judiciales. En este contexto, entiende el TJUE que tal posibilidad vendría avalada por el artículo 25.2, en cuya virtud el importe de las tasas judiciales debe fijarse con arreglo al Derecho nacional. En cualquier caso, las normas procesales de que se trate no pueden resultar menos favorables que las que regulan situaciones similares en Derecho interno, ni convertir en imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión. Se pregunta, en segundo lugar, si el Reglamento se opone a que el demandante pueda reclamar, en el marco de una petición de requerimiento europeo de pago, los intereses correspondientes a un período de tiempo comprendido entre la fecha en que devienen exigibles hasta la fecha de pago del principal. La cuestión se plantea a la luz del artículo 4 (en cuya virtud los créditos que se reclaman deben ser de importe determinado, vencidos y exigibles) y el artículo 7.2,c (según el cual si se reclaman intereses, en el requerimiento debe constar el tipo de interés y el período respecto del que se reclaman). La interpretación conjunta de ambos preceptos permite concluir, según el TJUE, que el artículo 4 no se refiere a los intereses; más allá, el

artículo 7 tampoco precisa la fecha hasta la que pueden reclamarse. Siendo ello así, el TJUE responde afirmativamente a la cuestión planteada. Se pregunta, por último, cómo debe cumplimentarse el formulario de requerimiento de pago europeo, que se contiene en el anexo V del Reglamento, en caso de reclamación de los intereses devengados hasta la fecha de pago del principal. El TJUE constata que el formulario no prevé expresamente tal reclamación de forma que corresponde al órgano jurisdiccional nacional adaptarlo adecuadamente a fin de que el demandado pueda conocer: en primer lugar, la resolución mediante la que se le requiere a fin de que pague tales intereses al demandante; en segundo lugar, el tipo de interés y la fecha a partir de la cual se reclaman dichos intereses.

STJUE 19 de diciembre de 2012. Krystyna Alder, Ewald Alder v. Sabina Orłowska, Czesław Orłowski. Petición de decisión prejudicial. Sal Rejonowy w Koszalinie (Polonia). Interpretación del artículo 1.1 del Reglamento n.º 1393/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. A tenor de tal precepto, el Reglamento resulta aplicable en materia civil o mercantil cuando un documento judicial o extrajudicial deba transmitirse de un Estado a otro para ser notificado o trasladado a este último. Se pregunta si es conforme con una norma nacional que, a propósito de procedimientos seguidos en dicho Estado establece que, cuando una parte con domicilio o residencia habitual en otro Estado miembro no haya designado representante autorizado para recibir notificaciones y domiciliado en el Estado del procedimiento, los documentos judiciales destinados a esa parte se incorporarán a los autos y se considerará que han sido notificados. El TJUE constata que si bien el art. 1 no precisa las circunstancias en las que el documento «deba transmitirse» a otro Estado, de la interpretación sistemática del Reglamento resulta que su aplicación se excluye solo en dos supuestos: así, cuando se desconozca el domicilio o residencia del demandado y, en segundo lugar, cuando el demandado haya designado un representante autorizado en el Estado en el que tiene lugar el procedimiento. De todo ello resulta que la notificación de la que trata el litigio principal entra en el ámbito de aplicación del Reglamento. A propósito de la conformidad de éste con la normativa nacional en cuestión, el TJUE estima que hay total contradicción. Y ello porque el Reglamento contempla, con carácter exhaustivo, los distintos medios de transmisión posibles (así, artículo 2 y Sección 2), entre los que no se encuentra el sistema de notificación ficticia como el contemplado en la norma nacional.

STJUE 17 de enero de 2013. Georg Köck v. Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb. Petición de decisión prejudicial. Oberster Gerichtshof (Austria). Interpretación de la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Se pregunta si la Directiva se opone a que un órgano jurisdiccional nacional ordene el cese de una práctica comercial por el único motivo de no haber sido previamente autorizada por la administración competente, pero sin haberse procedido antes a valorar el carácter desleal de dicha práctica. El litigio principal versaba acerca de un anuncio de una venta en liquidación, para el que no se había solicitado permiso. El TJUE, en primer lugar, verifica la naturaleza de práctica comercial del anuncio, toda vez que se trata de una medida publicitaria, inscrita en el marco de

la estrategia comercial de un operador y dirigida a la promoción e incremento de sus ventas. Constata, a continuación, que tal práctica no figura anexo I de la Directiva, lo que significa que su deslealtad debe juzgarse conforme a los criterios enunciados en los artículos 5 a 9 sin que pueda declararse sin más por el solo hecho de no haber sido autorizada. La norma nacional que lo permite no es acorde con la Directiva.

STJUE 31 de enero de 2013. Denise McDonagh v. Ryanair Ltd. Petición de decisión prejudicial. Dublin Metropolitan District Court (Irlanda). Interpretación del Reglamento (CE) n.º 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. Se pregunta, en primer lugar, si el cierre del espacio aéreo a raíz de la erupción del volcán Eyjafjallajökull constituyen «circunstancias extraordinarias» en el sentido del artículo 5 del Reglamento, de tal forma que no exoneran al transportista de su obligación de asistencia o si, por el contrario, dado su excepcional alcance, exceden del ámbito de tal concepto, por lo que dichos transportistas quedan liberados de tal obligación. El TJUE constata que el Reglamento no proporciona una definición de lo que debe entenderse por «circunstancias extraordinarias» y, de ahí, que su alcance deba determinarse conforme al lenguaje corriente. Se trataría, pues, de todas aquellas circunstancias que escapan el control del transportista aéreo, con independencia de su naturaleza y gravedad. El TJUE resuelve, en consecuencia, que en el caso planteado correspondía al transportista prestar asistencia a los pasajeros. Con motivo de ulteriores preguntas, el TJUE también concluye que tal obligación de asistencia no está limitada ni temporal ni económicamente, de tal forma se extiende a todo el período en que tales pasajeros deban esperar un transporte alternativo. Tal interpretación no vulnera el «principio de proporcionalidad» por cuanto las consecuencias económica que pueden derivarse de tal obligación de asistencia se consideran justificadas atendido el objetivo de protección de los pasajeros en tales circunstancias. Por lo demás, tampoco cabe estimar que se vulnera el «principio de igualdad» por imponer a los operadores aéreos unas obligaciones que no se imponen, en supuestos similares, a otros medios de transporte. Por el contrario, el TJUE considera que la situación de las empresas que intervienen en el sector de los distintos medios de transporte no es comparable entre sí y, de ahí, que quepa dictar normas que prevén un nivel de protección distinto en función del medio de transporte de que se trate.

STJUE 7 de febrero de 2013. Refcomp SpA v. Axa Corporate Solutions Assurance SA, Axa France, Emerson Network, Climaveneta SpA. Petición de decisión prejudicial. Cour de cassation (Francia). Interpretación del artículo 23 del Reglamento (CE) n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El precepto reconoce la competencia para conocer de un determinado litigio al Tribunal al que le haya sido atribuida mediante acuerdo de las partes. Se pregunta si una cláusula similar pactada en el contrato celebrado entre el fabricante de un bien y el comprador puede invocarse frente al subadquirente que, al final de una cadena de contratos de transmisión de propiedad celebrados entre partes establecidas en distintos Estados miembros, ha adquirido el bien y quiere interponer una acción de responsabilidad contra el fabricante. El artículo 23,

que no contempla la posibilidad de transmisión de una cláusula atributiva de competencia, si exige que haya sido acordada por las partes o, en su caso, expresamente consentida por el tercero frente a quien pretenda invocarse. Más allá, los requisitos y formas con arreglo a los que puede considerarse prestado dicho consentimiento pueden variar en función de la naturaleza del contrato inicial. En el caso *a quo*, toda vez que no hubo relación contractual entre el subadquirente y el fabricante del bien no puede considerarse que medió tal acuerdo. Por lo demás, dejar la cuestión de la oponibilidad al subadquirente de una cláusula de atribución de competencia a los derechos nacionales podría menoscabar, por ser divergentes entre sí, el objetivo de unificación de las normas de competencia judicial que establece el Reglamento.

STJUE 21 de febrero de 2013. ProRail BV v. Xpedys NV, FAG Kugelfischer GmbH, DB Schenker Rail Nederland NV, Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen NV. Petición de decisión prejudicial. Hof van Cassatie (Bélgica). Interpretación del Reglamento (CE) n.º 1206/2001, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil. Según el artículo 1.1, letra b, del Reglamento sus normas serán de aplicación en materia civil o mercantil cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de conformidad con su ordenamiento jurídico, solicite la realización de diligencias de obtención de pruebas directamente en otro Estado miembro. En su caso, los requisitos para tal realización directa de pruebas se relacionan en el artículo 17. Mediante la petición prejudicial se pregunta si un tribunal que pretende obtener una prueba pericial a realizar en otro Estado miembro debe acogerse necesariamente a tal Reglamento. El TJUE resuelve que no, atendiendo a la finalidad del Reglamento, que es la de facilitar la obtención de pruebas en otros territorios, pero sin restringir ni impedir otras posibilidades que impliquen prescindir de aquel texto.

STJUE 21 de febrero de 2013. Banif Plus Bank Zrt v. Csaba Csipai, Viktória Csipai. Petición de decisión prejudicial. Fővárosi Bíróság (Hungría). Interpretación de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La cuestión se formula a propósito de los artículos 6.1 (a cuyo tenor los Estados miembros deberán establecer que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor) y 7.1 (según el cual los Estados Miembros deben velar por la existencia de medios adecuados y eficaces para el cese del uso de cláusulas abusivas). Se pregunta si tales disposiciones permiten o prohíben que el juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula informe a las partes de tal motivo de nulidad y les inste a emitir una declaración en tal sentido. Recuerda el TJUE que el Derecho de la Unión confiere al juez no sólo la facultad de pronunciarse acerca de la abusividad de una cláusula sino, también, la de acordar de oficio todas las pruebas encaminadas a la verificación de tal carácter y, en su caso, la declarar de oficio aquella nulidad. Más allá, debe extraer todas las consecuencias derivadas de tal carácter a fin de verificar que tales cláusulas no vincularán al consumidor. Ello no empece, sin embargo, a que deba comunicar a las partes aquella apreciación de oficio a fin de que puedan conocer y discutir contradictoriamente los elementos examinados de oficio por el juez y sobre los que éste tiene la intención de fundamentar su decisión. Por lo demás, el artículo 4.1 de la

Directiva da respuesta a una ulterior cuestión relativa a si el juez nacional, a la hora de examinar una cláusula abusiva, debe valorar sólo las cláusulas en las que se basa la demanda o todo el contrato. El citado precepto ordena estar, entre otros parámetros, a «*las demás cláusulas del contrato*».

STJUE 26 de febrero de 2013. Air France SA v. Heinz-Gerke Folkerts, Luz-Tereza Folkerts. Petición de decisión prejudicial. Interpretación del Reglamento (CE), n.º 261/2004, del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso en los vuelos. El artículo 6 calibra la extensión de la obligación de asistencia del transportista aéreo en función del retraso con respecto a la hora de salida y el artículo 7 hace lo propio respecto del derecho de compensación del pasajero, que se pondera atendiendo a la distancia a recorrer por el vuelo. Se pregunta si tiene derecho a una compensación el pasajero de un vuelo con conexiones que ha sufrido un retraso en la salida inferior a los umbrales establecidos en el artículo 6, pero que ha llegado a su destino final con un retraso igual o superior a tres horas con respecto a la hora de llegada programada. El TJUE constata que el Reglamento, por una parte, no ofrece una definición de lo que deba entenderse por «retraso» de un vuelo; por otra, en ocasiones trata del retraso atendiendo a la hora de salida y, en otras, hace lo propio considerando la hora de llegada. Recuerda, además, que los pasajeros que sufren un retraso igual o superior a tres horas, tienen derecho a una compensación económica al igual que los pasajeros a quienes se cancela un vuelo (art. 5). La extensión de tal compensación al supuesto de retraso se basa en que también en este caso el pasajero sufre una pérdida de tiempo irreversible e inconvenientes análogos. Dado que este inconveniente se materializa en la llegada al destino final, a efectos de la compensación del artículo 7 debe considerarse, en casos de vuelos con conexión, la hora de llegada al destino del último vuelo que coge el pasajero. En cualquier caso, si el retraso no se produce en los términos del artículo 6 (esto es: atendiendo a la hora de salida), el pasajero no tiene derecho a la asistencia que impone tal precepto al transportista.

STJUE 14 de marzo de 2013. Allianz Hungária Biztosító Zrt, Generali-Providencia Biztosító Zrt., Gépjármű Márkakereskedők Országos Szövetsége, Magyar Peugeot Márkakereskedők Biztosítási Alkusz Kft, Paragon-Alkusz Zrt, Gazdasági Versenyhivatal. Petición de decisión prejudicial. Magyar Köztársaság Legfelsőbb Bírósága (Hungría). Interpretación del artículo 101.1 del Tratado Fundacional de la Unión Europea. Se pregunta si constituye un acuerdo que tiene «por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior», aquel acuerdo bilateral celebrado entre una entidad aseguradora y determinados talleres de reparación, o una entidad aseguradora y una asociación de talleres de reparación, en virtud de los cuales el precio por hora de reparación abonado por la entidad al taller por la reparación de vehículos asegurados por ella depende, entre otros factores, del número y porcentaje de contratos de seguro suscritos por la entidad por intermedio del taller, que actuaría como mediador de seguros. El TJUE recurre a la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto». Las primeras aludirían a acuerdos que por la propia naturaleza de su objeto ya pueden considerarse perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia; en el segundo caso, a falta de un grado de nocividad evidente del acuerdo, es necesario valorar sus

efectos sobre la competencia. En el primer caso, además, es suficiente con que el acuerdo sea apto para impedir, restringir o falsear la competencia; que el efecto se produzca realmente y su medida repercutirán, en su caso, en los derechos de indemnización que puedan reclamarse. Siendo ello así, la vinculación entre el precio de la remuneración a percibir por las reparaciones y el desarrollo de una actividad de mediación de seguros de automóvil no tiene por qué implicar automáticamente que se restrinja la competencia, pero sí constituye un dato importante para valorar si tal acuerdo es perjudicial. En el caso *a quo*, sin embargo, ocurría que los talleres no actuaban a nombre de las entidades aseguradoras, sino que se limitaban a proponer al tomador el seguro el que teóricamente le podía interesar más. En este contexto, el TJUE concluye que corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si, en tales circunstancias y atendiendo a las expectativas de tales tomadores, los acuerdos controvertidos pueden perturbar de forma significativa el buen funcionamiento del mercado de seguros de automóvil.

STJUE 14 de marzo de 2003. Mohamed Aziz v. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa). Petición de decisión prejudicial. Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona. Interpretación de la Directiva 93/13 (CE), del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Se pregunta, en primer lugar, si se opone a la Directiva una normativa nacional que no prevé, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en la abusividad de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, ni permite al juez que conoce del proceso declarativo que adopte medidas cautelares que garanticen la eficacia de su decisión final (así, la suspensión del proceso ejecutivo). El TJUE constata que, a falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, de los motivos de oposición en los procedimientos de ejecución hipotecaria y de las facultades del juez que conoce de la validez del título ejecutivo, todas estas cuestiones forman parte del ordenamiento interno en virtud del principio de autonomía procesal. Sin embargo, la regulación nacional no puede hacer imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos a los consumidores por el Derecho de la Unión. Tras el análisis del Derecho español sobre el particular, el TJUE verifica que, en tal sistema, la adjudicación final de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada ante el juez que conoce del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria. La única excepción se produciría si el consumidor hubiera solicitado la práctica de una anotación preventiva de demanda de nulidad con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. Sin embargo, tras constatar que existe un alto riesgo de que tal anotación no se solicite, (o que, en fin, el proceso declarativo se entable tras aquella certificación de tal forma que el consumidor acabe teniendo simplemente derecho a una indemnización), el TJUE concluye que el órgano jurisdiccional debe tener competencia para acordar de oficio cuantas medidas cautelares estime precisas a fin de garantizar la efectiva protección del consumidor. Se estima igualmente contrario al principio de efectividad el que no quepa formular en el proceso de ejecución motivos de oposición basados en la nulidad del título. Preguntado por el carácter abusivo de determinadas cláusulas, el TJUE recuerda que a él sólo compete la interpretación del concepto de «cláusula abusiva». En este sentido, a fin de apreciar si la cláusula en cuestión genera un «desequilibrio importante» entre

las partes, el juez nacional debe valorar si la cláusula sitúa al consumidor en peor situación que la que resultaría de aplicar, en defecto de pacto, las normas nacionales aplicables al caso. A propósito de las «exigencias de la buena fe», el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de una manera leal y equitativa al consumidor, éste hubiere aceptado tal cláusula en el contexto de una negociación individual.

STJUE 14 de marzo de 2013. Česká sporitelna, a.s. v. Gerald Feichter. Petición de decisión prejudicial. Městský soud v Praze (República Checa). Interpretación del Reglamento (CE) n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El artículo 15 del Reglamento versa acerca de la competencia en materia de contratos celebrados con consumidores en determinados casos. En este sentido, constituye una excepción no sólo a la regla general de competencia (art. 2) sino también a la especial en materia de contratos (art. 5.1). A su amparo se pregunta si resulta aplicable tal disposición a efectos de determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción mediante la que el tenedor de un pagaré, domiciliado en un Estado miembro, invoca los derechos derivados de tal título frente al avalista domiciliado en otro Estado miembro. El TJUE recuerda los tres requisitos de cuya concurrencia cumulativa depende la aplicación del artículo 15: en primer lugar, que una parte tenga la condición de consumidor y que esté actuando a fin de satisfacer las propias necesidades de consumo privado; en segundo lugar, que se trate de un contrato efectivamente celebrado entre tal consumidor y el profesional y, por último, que ese contrato pertenezca a alguna de las categorías a que se refiere el artículo 15. El TJUE estima que no puede apreciarse el primero de ellos en el litigio principal toda vez que la persona física que consta como avalista es gestor y partícipe mayoritario de la sociedad que emitió el título; en consecuencia, no actuó fuera e independientemente de cualquier finalidad profesional. Se pregunta en segundo lugar si, desestimada la aplicación del artículo 15, el órgano jurisdiccional competente para conocer de aquella misma acción debe determinarse aplicando el artículo 5.1 a) del Reglamento. Ello pasa, en primer lugar, por calificar como «materia contractual» la que existe entre el tenedor y el avalista de un pagaré. Tal concepto debe interpretarse de forma autónoma, sin remitirse a la calificación que desde el derecho interno pueda darse a una determinada relación jurídica. Siendo ello así, el artículo 5.1, a) presupone la existencia de una obligación libremente consentida por una persona respecto a otra y en la que se basa la acción del demandante. Y así puede calificarse la asumida por quien libremente avaló las obligaciones del emisor. El artículo 5.1, a) exige, además, aclarar el sentido de la expresión «lugar en el que hubiere sido o debiere haber sido cumplida la obligación» (toda vez que serán competentes los tribunales de ese lugar). En este particular, la determinación de ese lugar deberá efectuarse aplicando la ley que rijan la obligación según las normas de conflicto del órgano jurisdiccional que conoce del litigio.

STJUE 21 de marzo de 2013. RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV. Petición de decisión prejudicial. Bundesgerichtshof (Alemania). Interpretación de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. Se pregunta, en primer lugar, si la Directiva resulta aplicable en caso de cláusulas que reproducen disposiciones legales o reglamentarias

imperativas. El artículo 1.2 excluye tales cláusulas del control de abusividad toda vez que es legítimo presumir que el legislador ya habrá establecido el equilibrio necesario entre los derechos y obligaciones de las partes. Ahora bien, tal exclusión no rige en caso de que tal transcripción obedezca a la voluntad de las partes, siendo así que las disposiciones legales que se reproducen están dictadas para otro tipo de contratos, excluido expresamente el del litigio principal. En segundo lugar, se pregunta si es conforme a la Directiva una cláusula contractual mediante la que una compañía de gas se reserva el derecho a modificar unilateralmente el precio del suministro, pero sin indicar la causa o el alcance de la modificación. El TJUE estima que en el marco de contratos de duración indeterminada, es plenamente legítimo el interés de la empresa suministradora en poder adaptar el coste de un servicio. Sin embargo, tal adaptación debe satisfacer las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia. Valorar el cumplimiento de esto último compete al juez nacional. En especial, debe comprobar si en el contrato se expone de manera transparente el motivo y modo de variación de tal coste, de tal forma que el consumidor pueda prever sus eventuales modificaciones y, en su caso, ejercer efectivamente su derecho de rescisión contractual. La falta de información no puede compensarse informándole con suficiente antelación, pero una vez iniciada la ejecución del contrato, de la modificación que va a aplicarse y de su derecho a rescindirlo si no desea aceptar la modificación.

STS 11 de abril de 2013. Land Berlin v. Ellen Mirjam Sapir, Michael J. Busse, Mirjam M. Birgansky, Gideon Rumney, Benjamin Ben-Zadok, Hedda Brown. Petición de decisión prejudicial. Bundesgerichtshof (Alemania). Interpretación del Reglamento (CE) n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Se pregunta si el concepto «materia civil y mercantil» incluye una acción de repetición de lo indebido que un organismo público pretende dirigir contra un particular a quien, en un procedimiento administrativo y por error, se le abonó una indemnización superior a la que tenía derecho. El TJUE estima que la cuestión depende si aquel organismo público actúa o no en ejercicio de una función pública; ello depende, a su vez, del fundamento y modalidades de ejercicio de la acción entablada. Siendo ello así, el TJUE concluye que es «materia civil» toda vez que la devolución del exceso no forma parte del procedimiento administrativo por el que se otorgaron las indemnizaciones y la base jurídica de la reclamación son las normas civiles en materia de cobro de lo indebido. La segunda cuestión se formula al amparo del artículo 6.1, a cuyo tenor, si hubiere varios demandados, las personas domiciliadas en un Estado miembro pueden ser demandadas ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellas siempre que las demandas estén vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que fuera oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente. Se pregunta si existe tal relación cuando los demandados invocan derechos sobre los que únicamente cabe pronunciarse de manera uniforme. El TJUE recuerda que para que haya realmente contradicción (y, más allá, quepa aplicar el artículo 6.1) no es suficiente con un simple riesgo de divergencia en la resolución de los litigios, sino que se requiere que tal divergencia se inscriba en el marco de una misma situación de hecho y de Derecho; no es imprescindible, sin embargo, que las acciones ejercitadas contra los distintos demandados participen de un mismo fundamento jurídico. El TJUE concluye estimando aplicable el artículo 6.1. Se pre-

gunta, en fin, si a fin de aplicar este último precepto se exige, además, que los codemandados tengan su domicilio en un Estado miembro de la Unión. De la mano de la interpretación estricta que merece tal regla especial de competencia, el TJUE excluye la posibilidad de demandar, ante los tribunales de un Estado miembro, a una persona domiciliada fuera de la UE.

STJUE 18 de abril de 2013. Meliha Veli Mustafa v. Direktor na fond «Garantirani vzemania na rabotnitsite i sluzhitelite» kam Natsionalnia osiguriteln institut. Petición de decisión prejudicial. Varhoven administrativen sal (Bulgaria). Directiva 80/987/CEE, del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Se pregunta si la Directiva obliga a los Estados a establecer garantías para los créditos de los trabajadores en cada fase del procedimiento de insolvencia del empresario y, en particular, a si se opone a una normativa que prevé sólo una garantía para los créditos de los trabajadores generados antes de la inscripción en el Registro Mercantil de la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia, aun cuando dicha resolución no ordene el cese de las actividades del empresario. El TJUE resuelve la cuestión acudiendo al artículo 3.2 de la Directiva, en cuya virtud los créditos atendibles por la institución de garantía serán las remuneraciones impagadas correspondientes al periodo indicado libremente por los Estados miembros.

STJUE 16 de mayo de 2013. Melzer v. MF Global UK Ltd. Petición de decisión prejudicial. Landgericht Düsseldorf (Alemania). Interpretación del artículo 5.3, del Reglamento (CE) n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. A tenor de aquel precepto, las personas domiciliadas en un Estado miembro pueden ser demandadas, en materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso. Se pregunta si la disposición permite determinar la competencia jurisdiccional frente a uno de los presuntos autores del daño que no actuó en el ámbito competencial del órgano que conoce, siendo así que se trata del tribunal correspondiente al lugar del hecho generador imputado a otro de los presuntos coautores, que sin embargo no es parte del litigio. El TJUE inicia su razonamiento destacando que la regla especial de competencia contenida en el artículo 5.3 es de interpretación estricta y que se basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y el órgano jurisdiccional del lugar en que se ha producido o puede producirse el hecho dañoso, que será el órgano objetivamente mejor situado para conocer del litigio. Sin embargo, en el caso del litigio principal en el que se trata de demandar a un coautor que no actuó en el territorio del órgano jurisdiccional, la determinación de la competencia exigiría examinar el fondo del litigio o, cuanto menos, la cuestión relativa a las circunstancias en las que cabe imputar a uno de los coautores la actuación llevada a cabo por otro. A fin de resolverlo, y a falta de derecho de la UE sobre el particular, el órgano jurisdiccional probablemente recurriría a su Derecho nacional, con el riesgo de apreciaciones divergentes que ello podría conllevar en contra del principio de la seguridad jurídica. El TJUE concluye, consecuentemente, que no cabe demandar a un coautor ante el órgano correspondiente a un lugar en el que no actuó.

STJUE 30 de mayo de 2013. Erika Jörös v. Aegon Magyarország Hitel Zrt. Petición de decisión prejudicial. Fővárosi Bíróság (Hungría). Interpretación de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Se pregunta, en primer lugar, si un tribunal nacional que conoce en apelación de un litigio sobre la validez de cláusulas incluidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor sobre la base de un formulario redactado previamente por el profesional, puede examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas, cuando esa causa de invalidez no se ha suscitado en primera instancia y, además, el Derecho nacional, no permite tener en cuenta en apelación hechos o pruebas nuevas. El TJUE, tras constatar que las normas procesales son competencia de los Estados, recuerda los límites a los que está sujeta tal autonomía procesal; así, al principio de equivalencia y al de efectividad. Según el primero, si el tribunal remitente constatará que tiene competencia en situaciones similares de derecho interno para apreciar la nulidad que derive de los elementos presentados en primera instancia y recalificar el fundamento jurídico de la demanda, entonces debería también tenerla en la del litigio principal. Exige el segundo que las disposiciones nacionales de que se trata se interpreten y apliquen con el fin de garantizar la efectividad de los derechos protegidos por el ordenamiento jurídico de la UE. Debe atenderse de forma especial al principio de efectividad en aquellos supuestos en los que, según el derecho interno, la competencia para declarar abusiva una cláusula no corresponde al órgano jurisdiccional que está conociendo del asunto. Se pregunta, en segundo lugar, si apreciada de oficio la nulidad de una cláusula por abusiva, el tribunal debe anular el contrato por esta causa aunque las partes no hayan formulado una petición en este sentido. En este particular, el TJUE distingue entre: primero, la nulidad y no aplicación de la cláusula, que resultan imperativas para el órgano jurisdiccional salvo que, informado de ello, el consumidor haya manifestado su oposición; segundo, la nulidad del propio contrato, que sólo procederá si no puede subsistir sin la cláusula nula.

STJUE 30 de mayo de 2013. Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katariina de Man Garabito v. Jahani BV. Petición de decisión prejudicial. Gerechtshof te Amsterdam (Países Bajos). Interpretación de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Se pregunta, en primer lugar, si entra en el ámbito de aplicación de la Directiva el contrato de arrendamiento celebrado entre un arrendador que actúa en el ámbito de su actividad profesional y un arrendatario que lo hace con fines privados. El TJUE resuelve que, más allá de las diferencias existentes entre las distintas versiones del texto oficial de la Directiva, se impone la necesidad de ser interpretada en función de la voluntad real del legislador europeo, que fue la de no distinguir entre tipos contractuales. A fin de resolver la segunda cuestión, el TJUE reitera la jurisprudencia ya contenida en resoluciones anteriores. Así, corresponde al tribunal competente apreciar de oficio el carácter abusivo de tales cláusulas, resultando imperativa su no aplicación aun cuando el consumidor no hubiese formulado una petición en este sentido. En cualquier caso, el principio de contradicción exige que el juez informe a las partes de la abusividad a fin de que puedan alegar y acreditar lo que a su derecho convenga. En cuanto a los efectos de la nulidad, se concretan en la no aplicación de la cláusula, sin que el juez pueda, en su caso, suplir su contenido disponiendo otro en lugar del

anulado. De permitirse esto último, se estaría inutilizando el efecto disuario que para los profesionales tiene la nulidad de las cláusulas abusivas.

STJUE 30 de mayo de 2013. Genil 48, S.L, Comercial Hostelera de Grandes Vinos, S.L. v. Bankinter, S.A, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. Petición de decisión prejudicial. Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Madrid. Interpretación de la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros. La petición se presenta en el marco de dos litigios relativos a unos contratos de permuta financiera, denominados «swaps», destinados a proteger a quienes suscribieron determinados productos financieros frente a las variaciones de los tipos de interés revisables correspondientes a tales productos. La primera cuestión se plantea a propósito del artículo 19, relativo a las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes. El precepto impone a la empresa de inversión la obligación de llevar a cabo una evaluación a fin de poder asesorar adecuadamente al cliente. Tal evaluación debe desarrollarse en los términos previstos en los apartados 4 y 5 del artículo 19. El apartado 9, sin embargo, excepciona lo anterior en caso de ofrecerse un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras normas de derecho europeo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información. Se pregunta en qué circunstancias un servicio de inversión debe entenderse que «forma parte» de un producto financiero. El TJUE, tras reiterar la necesidad de ofrecer una interpretación uniforme del Derecho de la Unión y destacar que el artículo 19.9 debe ser objeto de una interpretación restrictiva (así, por tratarse de una excepción), concluye que un servicio financiero forma parte de un producto cuando se ofertó junto con éste, en tanto que formando parte intrínseca de él. En cualquier caso corresponde al órgano jurisdiccional nacional valorar la concurrencia de tal supuesto de hecho atendiendo a distintos indicios (así, por ejemplo, a la duración del servicio y del producto, a la aplicación o no del servicios a distintos productos...). Se pregunta, en segundo lugar, si constituye «asesoramiento en materia de inversión» (a efectos del art. 4.1.4 de la Directiva) el hecho de ofrecer a los clientes contratos de permuta en las circunstancias del litigio principal. El TJUE resuelve que la respuesta depende, no tanto de la naturaleza del producto, sino de la forma en que se ofreció al cliente: sólo si se llevó a cabo de forma personalizada (y, no, a través de recomendaciones divulgadas al público en general) cabe entender que hubo asesoramiento en materia de inversión. Se pregunta, en fin, acerca de las consecuencias contractuales de no observar lo dispuesto en el artículo 19 acerca de las exigencias de evaluación e información al cliente. Resuelve el TJUE que, dado que la Directiva no prevé que los Estados deban incorporar consecuencias concretas, corresponderá determinarlas al órgano jurisdiccional nacional aplicando derecho interno y, en cualquier caso, respetando los principios de equivalencia y efectividad.

Jurisprudencia Nacional
(octubre 2012 a mayo 2013)

MIRIAM ANDERSON*

TRIBUNAL SUPREMO

Cláusulas abusivas

STS (Sala Civil. Pleno) de 9 de mayo de 2013 (JUR 2013\146287).
Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Cláusulas suelo en contratos de préstamo o crédito hipotecario celebrados con consumidores. El 20 de marzo de 2013, una nota de prensa del CGPJ anunciaba sucintamente el contenido de la que sería la sentencia objeto de esta reseña y ya entonces generó perplejidad, especialmente debido a la contradicción existente entre la declaración de nulidad de determinadas cláusulas de limitación a la baja del tipo de interés (las llamadas cláusulas suelo) y la imposibilidad de reclamar las cantidades indebidamente pagadas con anterioridad, cuando es de todos conocido que lo que es nulo, ningún efecto produce. En todo caso, el TS sigue un largo camino antes de llegar a la conclusión de la nulidad por falta de transparencia y a la imposibilidad de aplicación de las consecuencias de esa nulidad a los pagos ya efectuados. El primer problema con el que se enfrentaba el Tribunal era la cuestión de la legitimación de AUSBANC, la actora, siendo así que la entidad había sido excluida del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, debido al incumplimiento de sus deberes. El mencionado registro es imprescindible para que estas asociaciones puedan actuar en defensa, no solo de sus miembros y asociados, sino también de los intereses generales de los consumidores y usuarios (arts. 37 y 54 TRLCU). La sentencia de apelación había negado esta legitimación a AUSBANC; en cambio, el TS se la reconoce, debido, entre otros motivos, al hecho de que la expulsión del registro es una sanción que debe interpretarse restrictivamente y no puede tener carácter retroactivo, siendo así, además, que la resolución no era firme cuando se inició el proceso ni tampoco cuando se dictó la sentencia de primera instancia, de modo que la legitimación de la entidad debe entenderse perpetuada (*vid.* FJ 2, especialmente párrafos 78 y 79). Tras desestimar los restantes motivos de infracción procesal, el TS dedica el resto de su largo *excursus*, a partir del FJ 6, a ponderar el posible carácter abusivo de las cláusulas de limitación del tipo de interés objeto de análisis. Se trata de cláusulas contenidas en distintos contratos de préstamo hipotecario (o de novación de los mismos) ofrecidos por BBVA, NovaCaixaGalicia y Cajas Rurales Uni-

* Profesora agregada de Derecho civil (Universitat de Barcelona).

das, cuya redacción se transcribe en el antecedente de hecho primero. Vale la pena destacar que, si bien todas las cláusulas suelo reproducidas aparecen en ubicaciones relativamente alejadas del punto en que se refleja el tipo de interés remuneratorio del préstamo (índice más diferencial), hay diferencias notables entre ellas. Así, mientras en algunos casos se establece un tipo de interés mínimo (o suelo) en forma de porcentaje único, en otras se emplea una fórmula más compleja, en la que al tipo mínimo se le añade un diferencial, sobre el que pueden operar bonificaciones. El distinto nivel de sofisticación de las cláusulas no conduce a discriminación alguna por parte del Tribunal, pese a que, como es sabido, la causa de nulidad que acaba acogiendo es la falta de transparencia y no un posible carácter abusivo, por desequilibrado, de la cláusula suelo. En el FJ 6 el TS repasa doctrina reciente del TJUE, recordando que el control de oficio es garantía del efecto útil de la Directiva 93/13, aunque ello deba conciliarse con el derecho a la tutela judicial efectiva. Así, acaba concluyendo que (párrafo 130): «Lo expuesto es determinante de que, en la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deban atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas». Solo se hace referencia a la STJUE de 14 de marzo de 2013 en el párrafo 254, al tratar el desequilibrio contrario a la buena fe, cuando su pronunciamiento sobre la inadecuación del procedimiento de ejecución hipotecaria español al Derecho europeo quizá no hubiera sido tan necesario de haber aplicado los tribunales el control de oficio al que se refiere el Tribunal, cosa que no hacían de modo uniforme. A continuación, el FJ 7 se dedica a la aplicabilidad al caso de la normativa sobre condiciones generales de la contratación. En concreto, se trataba de valorar si podían considerarse condiciones generales de la contratación cláusulas que versan sobre los elementos esenciales de los contratos, de modo que el consumidor necesariamente las conoce y las acepta libre y voluntariamente, tal y como estableció la Audiencia en la sentencia recurrida. A este respecto, el TS concluye, en primer lugar, que (párrafo 144): «a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta (*sic*) se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo; b) El conocimiento de una cláusula –sea o no condición general o condición particular– es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias –singularmente para el imponente– no obligaría a ninguna de las partes; c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial». En cuanto a la imposición de las condiciones generales, se estima que (párrafo 165): «a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar; b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato

sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario; c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios; d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario». Todo ello, claro está, no conduce necesariamente a la ilicitud de las referidas cláusulas. Como ya se ha indicado, tampoco es óbice al control de las condiciones generales de la contratación el hecho de que un determinado sector esté regulado (así, en el caso que nos ocupa, regían las órdenes de transparencia y de tipos de interés, comisiones y publicidad en la contratación de préstamos hipotecarios) (párrafo 178). Las entidades financieras demandadas se habían opuesto al control de abusividad de las cláusulas por referirse a un elemento esencial del contrato, argumento acogido por la sentencia de apelación. El TS coincide con la Audiencia en que las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y que cumplen una función definitoria o descriptiva esencial (párrafo 190), pero a renglón seguido afirma que ello «no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo» (párrafo 191), entre otras cosas, por ser la Directiva 93/13 una directiva de mínimos (STJUE de 3 de junio de 2010). Sin embargo, el TS reconoce que su doctrina anterior coarta en buena medida esta posibilidad (párrafo 195): «En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las “contraprestaciones” –que identifica con el objeto principal del contrato– a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio». Ahora bien, a continuación, el FJ 11 se dedica a lo que el Tribunal llama el control de inclusión de las condiciones generales o el doble control de transparencia aplicable al caso. En este sentido, empieza por concluir que: «202. Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor. 203. Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores, a tenor del artículo 7 LCGC». Pero una vez admitido que las condiciones superen el filtro de inclusión en el contrato, dedica el FJ 12.º a analizar si, además, superan el control de transparencia cuando están incorporadas a contratos con consumidores, con base en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y 80.1 TRLCU. En este sentido, afirma que: «211.[...]. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede inci-

dir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. 212. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante». Respecto de las cláusulas suelo analizadas, en particular (FJ 13): «223. Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas –generales o particulares– de los suscritos con consumidores. 224. Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo –recordemos que el BE indica que “estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas”–, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza. 225. En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que: a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir– o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas; e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor». Visto el carácter poco claro de las cláusulas de referencia, que permite el análisis de su eventual abusividad pese a ser definitivas del objeto principal del contrato, el TS recuerda que este control no se ciñe a contratos con obligaciones recíprocas, con lo cual se evita la «espinosa cuestión» (en palabras del Tribunal) del discutido carácter real del contrato de préstamo (párrafos 243 a 245). A continuación, el FJ 15 se decide a «analizar si las cláusulas examinadas, cuando incumplan el deber de transparencia en los términos indicados, deben ser consideradas abusivas por causar desequilibrio en perjuicio del consumidor, extremo este que no examinó la sentencia recurrida, al rechazar el control del carácter abusivo de las cláusulas de estabilización de tipos de interés». Todo ello, partiendo de la licitud *per se* de este tipo de cláusulas, incluso cuando se fije un suelo y no un techo (párrafos 255 a 262); la valoración del equilibrio pasa por analizar al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto, que se entiende perjudica al consumidor-adherente en la medida en que comporta, sin la claridad suficiente, una conversión del préstamo a interés variable en un préstamo a interés fijo con variabilidad al alza. Este FJ 16 acaba concluyendo que: «254. Como hemos indicado las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato –de ahí que el control de su abuso nada más sea posible cuando haya falta de claridad en los términos indicados—. También hemos indicado que no cabe identificar “objeto principal” con “elemento esencial” y, en contra de lo sostenido por alguna de las recurridas, el tratamiento dado a las cláusulas suelo por las demandadas es determinante de que no forme “parte inescindible de la definición contractual

del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa”. Más aún, las propias imponentes han escindido su tratamiento. 275. Pues bien, partiendo de lo expuesto, la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia». Finalmente, y no estando exento de polémica, ante la cuestión planteada por el Ministerio Fiscal acerca de la mal llamada «retroactividad» del pronunciamiento, el TS, con alusión a doctrina propia, del TC y del TJUE, decide que la nulidad de las cláusulas opere de modo «irretroactivo», en virtud de consideraciones de seguridad jurídica. En este sentido (FJ 17): «293. En el caso enjuiciado, para decidir sobre la retroactividad de la sentencia en el sentido apuntado por el Ministerio Fiscal, es preciso valorar que: a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas; b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas –el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero–; c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España “[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable”; d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado –su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera–; e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos –en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más–, sino en la falta de transparencia; f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia; g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994; h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones; i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos; j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor; k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas. 2.4. Conclusiones. 294. Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia». En conclusión, que parece bastante triste a quien suscribe estas líneas, no es preciso, en el sentir del Tribunal, que se devuelvan las cantidades *indebida-*

mente pagadas porque resultaría demasiado caro a las entidades financieras demandadas. Me temo que si esto es protección frente a cláusulas *abusivas por no transparentes*, podíamos habernos ahorrado buena parte del trabajo. La consigna que se desprende de esta sentencia podría resumirse del siguiente modo: «Empresario, predisponga cláusulas perjudiciales para el consumidor de forma poco clara y, hasta que le demanden, no sucede nada y, en el ínterin, todo esto que habrá cobrado de más al consumidor».

Principios de Derecho europeo de los contratos (PECL)

STS (Sala Civil) de 15 de enero de 2013 (JUR RJ 2013\2276). Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. Compraventa celebrada sin el consentimiento de todos los comuneros. El TS revoca la sentencia apelada en el sentido de entender que la venta de cosa ajena es, en principio, válida. Emplea como argumento el principio de conservación del negocio (FJ 1): «Este principio no solo se ha consolidado como un canon hermenéutico que informa nuestro ordenamiento jurídico, con múltiples manifestaciones al respecto, sino también como un elemento instrumental decisivo en la construcción de un renovado Derecho Contractual Europeo conforme a lo dispuesto en los principales textos de armonización, como la Convención de Viena, los Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL) y, particularmente, la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. De modo que tal y como hemos señalado en las recientes Sentencias de 28 junio (RJ 2012, 8603) y 10 septiembre de 2012, precisamente en el marco del contrato de compraventa, la conservación de los contratos se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico que comporta, entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y su seguridad jurídica». Cuestión distinta es que pueda producirse el efecto jurídico-real perseguido (la transmisión de la propiedad), cosa que se analiza desde la perspectiva del incumplimiento contractual.

STS (Sala Civil) de 17 de enero de 2013 (RJ 2013\1819). Ponente: Francisco Marín Castán. Compraventa de inmuebles: incumplimiento de los compradores por no haber obtenido financiación. Se firmó contrato privado de compraventa en abril de 2008 y el vendedor requirió a los compradores para que elevasen a público el documento en julio de 2008. Ante la demanda de cumplimiento por parte de la vendedora, los compradores alegaron la imposibilidad de obtener financiación debido a la crisis económica generalizada. En su FJ 3, el TS se plantea la posibilidad de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*: «Lo anteriormente razonado no significa, sin embargo, que la regla *rebus sic stantibus* haya de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles. Antes bien, una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurran en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspondientes prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia

considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla (SSTS 27-6-84 (RJ 1984, 3438), 17-5-86 (RJ 1986, 2725), 21-2-90 (RJ 1990, 707) y 1-3-07 (RJ 2007, 1618)). Por otra parte, en la actualidad es clara una tendencia a que la regla se incorpore a propuestas o proyectos de textos internacionales (art. 6.2.2 de los principios UNIDROIT), de Derecho de la Unión Europea (art. 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación, PECL) y nacionales (art. 1213 del CC en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación). Sin embargo, acaba concluyendo que la crisis económica, por sí sola, no da lugar a la aplicación de esta doctrina: «En suma, la posible aplicación de la regla *rebus sic stantibus* a compraventas de viviendas afectadas por la crisis económica no puede fundarse en el solo hecho de la crisis y las consiguientes dificultades de financiación, sino que requerirá valorar un conjunto de factores, necesitados de prueba, tales como el destino de la casa comprada a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia o a su venta antes o después del otorgamiento de la escritura pública; la asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, distinguiendo entre contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean; la situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar; el grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, debiéndose valorar también, en su caso, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para conceder financiación; o en fin, las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia».

Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil (PETL)

STS (Sala Civil. Pleno) de 10 de septiembre de 2012 (RJ 2012\11046). Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Accidente de circulación: corresponde a cada uno de los vehículos implicados resarcir la totalidad del daño causado cuando no se pueda acreditar la contribución causal de cada uno de ellos. En el FJ 4.D puede leerse que: «[...] en trance de unificar la doctrina existente con efecto de fijación de jurisprudencia, dada la divergencia existente entre las distintas audiencias provinciales, nos inclinamos por entender que la solución del resarcimiento proporcional es procedente solo cuando pueda acreditarse el concreto porcentaje o grado de incidencia causal de cada uno de los vehículos implicados y que, en caso de no ser así, ambos conductores responden del total de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la doctrina llamada de las condenas cruzadas. Las razones en que se funda esta conclusión son las siguientes: (a) Esta es la doctrina seguida por un número considerable de audiencias provinciales. (b) Constituye una solución aceptada expresamente por alguna de las legislaciones de Derecho comparado, como se ha expuesto. (c) Es una doctrina próxima, aunque no coincida con ella, a la que inspira la jurisprudencia de esta Sala tendente a proclamar la solidaridad impropia entre los agentes que concurren a causar el daño cuando no puede establecerse la proporción en que cada uno de ellos ha contribuido a su producción. (d) Es acorde con la tendencia que se registra en el Derecho comparado a atribuir responsabilidad

plena a los causantes simultáneamente de un daño por una pluralidad de actividades (*v. gr.*, PETL, art. 3:102, según el cual: «En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas hubiera causado el daño por sí sola al mismo tiempo, se considerará que cada actividad es causa del daño de la víctima»). (e) Es la doctrina más acorde con la presunción de causalidad, que rige en el sistema de responsabilidad objetiva por riesgo, en relación con el agente de la actividad peligrosa que interviene en la producción del daño característico de dicha actividad de riesgo. Estimamos que, cuando, por falta de datos, no resulta posible destruir la presunción fundada en el riesgo creado por cada conductor respecto de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo (supuesto a que se contrae el caso enjuiciado), el principio de responsabilidad objetiva puede resultar dañado si, sin otro fundamento que haber existido otra posible causa concurrente, presuntivamente se restringe la causalidad imputable a cada conductor en la producción de los daños al otro vehículo a una proporción del 50% (esta reducción sí sería procedente si se probase que ambos causaron el accidente en dicha proporción). Entendemos, en suma, que el criterio más acorde con el principio de responsabilidad objetiva del agente por el riesgo creado y con la presunción de causalidad respecto de los daños característicos correspondientes a la actividad de riesgo (por falta de prueba al respecto de la concurrencia de una causa legal de exoneración o disminución), debe conducir a la conclusión de que cada conductor, y por tanto, cada vehículo, es responsable del 100% de los daños causados a los ocupantes del otro vehículo interviniente en la colisión. En consecuencia, encontrándonos ahora en este último caso de incertidumbre causal, en que no se ha podido acreditar el concreto porcentaje en que ha contribuido el riesgo de cada vehículo al resultado producido, procede declarar a cada uno de sus conductores plenamente responsable de los daños sufridos por los ocupantes del otro vehículo implicado en la colisión, de tal manera que corresponde al demandado abonar el 100% de los daños personales reclamados por el recurrente que resulten acreditados».

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Pasaron dos meses entre la publicación de la STJUE de 14 de marzo de 2013, C-415/11, y la aprobación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que intenta dar respuesta a los mandatos del Tribunal Europeo. Durante ese período, distintas juntas de jueces de primera instancia adoptaron acuerdos encaminados a establecer el procedimiento a seguir para permitir que el propietario del inmueble hipotecado tuviese la oportunidad de oponerse al procedimiento de ejecución hipotecaria por entender que en el contrato de préstamo o en el negocio de constitución de la garantía existían cláusulas abusivas. Así ocurrió, por ejemplo, en Cataluña ([http://www.icab.cat/files/242-375543-DOCUMENTO/Junta%20Jueces_BCN_2013_04_04_unificaci%C3%B3n%20criterios%20desahucios%20\(2\).pdf](http://www.icab.cat/files/242-375543-DOCUMENTO/Junta%20Jueces_BCN_2013_04_04_unificaci%C3%B3n%20criterios%20desahucios%20(2).pdf)). Sin embargo, en otros territorios este tipo de acuerdos se habían adoptado con anterioridad –si bien a la luz de las consideraciones de la Abogada General (de 8 de noviembre de 2012), que, como era previsible, se plasmaron en la resolución definitiva–; así, puede verse, por ejemplo, el Acuerdo de los Jueces de Primera Instancia de Valencia de 4 de diciembre de 2012 (JUR 2012\386997). Debido a la importancia que ha adquirido esta cuestión en los últimos meses y a la indudable influencia del Derecho europeo en este punto, dedicamos

esta parte de la reseña de jurisprudencia nacional únicamente a decisiones relativas al control de oficio del carácter abusivo de las cláusulas contractuales en ejecuciones hipotecarias u ordinarias y a las decisiones más relevantes en materia de cláusulas de limitación del tipo de interés (o cláusulas suelo), que, en general, presentaban una mayor sensibilidad a la cuestión y, sin duda, condenaban a la devolución de las cantidades indebidamente pagadas en aplicación de la estipulación que se declara nula.

Control de oficio de cláusulas abusivas: préstamos o créditos hipotecarios

AAP Barcelona (Sección 19.ª) de 19 de diciembre de 2012 (JUR 2013\86473). Ponente: Ramon Foncillas Sopena. Apreciación de oficio del carácter abusivo de los intereses de demora (19%) en procedimiento de ejecución hipotecaria. Se aplica a este procedimiento la doctrina de la STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/10) respecto del proceso monitorio. Se estima que la consecuencia no debe ser que se deniegue el despacho de la ejecución, como entendió el juez de primera instancia, sino que se despache tras presentar la entidad nuevo cálculo de lo solicitado, aplicando como interés de demora el legal del dinero, en aplicación del artículo 1108 CC. *Vid.* también AAP Barcelona (Sección 16.ª) de 9 de noviembre de 2012 (JUR 2013\9124), de la que fue ponente Jordi Seguí Puntas, que también considera apreciable de oficio la abusividad en una ejecución hipotecaria; FJ 6.º: «Cuanto antecede es también extensivo a la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados regulada en los artículos 681 a 698LEC, puesto que la “particularidad” de esa ejecución según la cual el ejecutado (deudor, hipotecante o tercer poseedor) está impedido de formular en el seno del propio proceso una oposición fundada entre otros motivos en la “nulidad del título” (art. 698.1 LEC), no llega hasta el punto de cercenar los poderes del juez previos al despacho de la ejecución, que se rigen por las normas comunes del proceso de ejecución, entre los cuales, como se expuso en los párrafos precedentes, se halla el de apreciar una eventual ilicitud –total o parcial– del título por contener alguna cláusula abusiva. En definitiva, el Juzgado apreció adecuadamente la abusividad del régimen de la mora de los deudores, pero debió pronunciarse sobre la viabilidad del resto de la pretensión dineraria de la entidad ejecutante, no afectada por esa nulidad».

SAP Islas Baleares (Sección 3.ª) de 26 de marzo de 2013 (JUR 2013\145944). Ponente: María Rosa Rigo Rosselló. Préstamo hipotecario: se admite la pretensión de la actora (prestataria) de que se declaren abusivos unos intereses de demora del 20% y se señala, *obiter dicta*, la posibilidad de que se hubiera apreciado de oficio el referido carácter abusivo en el procedimiento de ejecución hipotecaria. En cambio, y a la luz de la STJUE de 14 de marzo de 2013, no se consideró abusiva la cláusula de vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota del préstamo. Hay que señalar, no obstante, que la ejecución se había iniciado tras tres impagos.

AAP Vizcaya (Sección 3.ª) de 11 de abril de 2013 (JUR 2013\119298). Ponente: María Concepción Marco Cacho. Intereses moratorios: apreciación de oficio en ejecución hipotecaria. La Audiencia confirma la decisión del juzgado de primera instancia de declarar nulos por abusivos los intereses moratorios pactados, entendiendo que el control de oficio de las cláusulas abusivas es posible no solo en el procedimiento monitorio, sino en cualquier

tipo de procedimiento, incluido el ejecutivo hipotecario. A la luz de la STJUE de 14 de marzo de 2013, habría sido necesario habilitar un cauce para la oposición de la entidad a la declaración de abusividad, pero la Audiencia entiende que, a la vista de las alegaciones formuladas por la recurrente, el resultado habría sido el mismo, por lo que confirma la decisión recurrida por razones de economía procesal.

Destacan también algunos autos de Juzgados de primera instancia, como el AJPI núm. 2 de Marchena (Provincia de Sevilla), de 15 de enero de 2013 (JUR 2013\41771), en que se admite la oposición a una ejecución hipotecaria por parte de la sociedad limitada demandada (a la que se reconoce la condición de consumidora, por operar fuera de la esfera de sus actividades) a unos intereses de demora del 23% o el AJPI núm. 4 de Arrecife (Provincia de Las Palmas) de 8 de abril de 2013 (JUR 2013\107857), en que el juez básicamente estima que es abusivo cualquier interés moratorio superior al interés normal, puesto que «[e]n los tiempos en que vivimos, no tiene ninguna justificación, salvo el afán de enriquecimiento de las entidades financieras, el establecimiento de intereses moratorios superiores, ni siquiera en un punto, a los intereses normales, dado que ninguna pena o sanción se puede imponer a quien ninguna culpa tiene por no poder atender a un préstamo hipotecario».

Control de oficio de cláusulas abusivas: ejecución ordinaria

SAP Islas Baleares (Sección 3.ª) de 28 de noviembre de 2012 (AC 2012\1648). Ponente: Catalina M.ª Moragues Vidal. Préstamo personal: se avala el control de oficio de las cláusulas abusivas por parte de los tribunales y se entiende, en la línea de lo establecido por la STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/10), que la declaración de nulidad de una cláusula de intereses moratorios no permite su integración, como hizo el juzgador de instancia, si bien en este caso la AP no puede revocar parcialmente la decisión, puesto que ello perjudicaría al apelante.

SAP Soria (Sección 1.ª) de 28 de noviembre de 2012 (JUR 2013/9585). Ponente: Belén Pérez-Flecha Díaz. Préstamo personal: control de oficio de las cláusulas abusivas, como por ejemplo las que establecen un tipo de interés moratorio desproporcionado. Desde la STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/10), no es posible integrar y, en este caso, ni siquiera se aplica el interés legal del dinero (art. 1108 CC). En sentido parecido, SAP Asturias (Sección 1.ª) de 31 de octubre de 2012 (AC 2012\2227), de la que fue ponente Guillermo Sacristán Represa; en un caso en que el demandado se habría conformado con una rebaja de los intereses remuneratorios y moratorios, se declaran los dos abusivos y, por tanto, se permite únicamente la reclamación del capital. Respecto de un juicio cambiario, con el mismo resultado, AAP Girona (Sección 1.ª) de 31 de octubre de 2012 (JUR 2013\13033), de la que fue ponente Nuria Lefort Ruiz de Aguiar.

AAP Barcelona (Sección 19.ª) de 28 de diciembre de 2012 (JUR 2013\86785). Ponente: Asunción Claret Castany. Préstamo personal. El juez de primera instancia había denegado el despacho de la ejecución de un título extrajudicial por entender que los intereses de demora (29%) eran abusivos. La AP confirma el carácter abusivo de la cláusula y estima que, como consecuencia de su nulidad, rige el artículo 1108 CC, y que el juzgado debió proceder a despachar la ejecución por la cantidad adecuada. En sentido parecido,

SAP de Barcelona (Sección 1.^a) de 20 de noviembre de 2012 (AC 2012\1635), de la que fue ponente Antonio Ramón Recio Córdova; AAP Barcelona (Sección 19.^a) de 21 de noviembre de 2012 (JUR 2013\31556), ponente: José Manuel Regadera Sáenz; SAP de León (Sección 2.^a) de 7 de febrero de 2013 (JUR 2013\126882), ponente: Alberto Francisco Álvarez Rodríguez; SAP Pontevedra (Sección 6.^a) de 23 de enero de 2013 (JUR 2013\63034), ponente: María Soledad Guerra Valés, en cuanto declara la nulidad de las cláusulas de intereses y aplica el artículo 1108 CC. Véase también la AAP de Barcelona (Sección 14.^a) de 29 de octubre de 2012 (JUR 2012\393436), de la que fue ponente Francisco Javier Pereda Gámez y de la que trae causa la STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/10).

Préstamos hipotecarios (cláusulas suelo)

SSAP Cáceres (Sección 1.^a) de 5 de octubre, 19 de noviembre y 14 y 19 de diciembre de 2012 (AC 2012\1971, AC 2013\44, AC 2013\83 y JUR 2013\33577). Ponentes: Luis Aurelio Sanz Acosta (AC 2013\44) y Antonio María González Floriano (las tres restantes). Se declara la nulidad de diversas cláusulas suelo por falta de negociación individualizada y por falta de reciprocidad. En algunos casos el suelo era del 2,65%. Se plantea también la cuestión de la litispendencia en acciones colectivas entabladas por asociaciones de consumidores y usuarios. Véase también la SAP Islas Baleares (Sección 5.^a) de 22 de marzo de 2013 (JUR 2013\166658), de la que fue ponente María Arantzazu Ortiz González, y SAP Cáceres (Sección 1.^a) de 9 de noviembre de 2012 (JUR 2012\396647), de la que fue ponente Juan Francisco Bote Saavedra. En todas estas decisiones, no solo se declaraba nula la cláusula suelo, sino que también se obligaba al reembolso de las cantidades indebidamente cobradas, con el interés legal correspondiente.

Otras repercusiones de la doctrina del TJUE en cuanto a la imposibilidad de integrar cláusulas declaradas abusivas

Por otro lado, los efectos de la STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/10) se han dejado sentir también en otros ámbitos. Así, por ejemplo, en la SAP Barcelona (Sección 1.^a) de 23 de octubre de 2012 (JUR 2012\405143), de la que fue ponente Antonio Ramón Recio Córdova, relativa a un contrato de mantenimiento de ascensores, se declara la nulidad, por abusiva, de la cláusula que establecía una indemnización del 50% de las cantidades que quedarían por pagar en caso de desistimiento unilateral por parte de la comunidad de propietarios arrendataria del servicio y, estando vedada la posibilidad de integración, se acaba permitiendo el desistimiento extemporáneo sin causa desprovisto de sanción alguna, o SAP Pontevedra (Sección 1.^a) de 12 de noviembre de 2012 (JUR 2012\396796), de la que fue ponente Jacinto José Pérez Benítez, en la que se llegó al mismo resultado, tras considerar también abusiva la cláusula de duración del contrato (10 años) y de preaviso para evitar la prórroga automática (180 días).

Libros sobre Derecho Privado Europeo.
Recensiones y notas

VAQUER ALOY, Antoni - BOSCH CAPDEVILA, Esteve - SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz (coords.): *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia. Tomos I y II*, Atelier, Barcelona, 2012, 1880 pp. ISBN: 978-84-92788-85-9.

La presente obra es el resultado colectivo de un proyecto de investigación coordinado y enmarcado en las actividades de dos grupos de investigación consolidados: por un lado, el Grupo de Investigación consolidado de la Generalitat de Catalunya «Dret Civil Català i dret privat europeu»; y, por otro, el Grupo consolidado del Plan Andaluz de Investigación «Contratos y Derecho de Familia». En su elaboración han trabajado 18 investigadores, pertenecientes a cuatro universidades españolas: Paloma de Barrón Arniches, Neus Cortada Cortijo, María José Puyalto Franco, Jaume Ribalta Haro, y Antoni Vaquer Aloy, de la Universidad de Lleida; M.^a Amalia Blandino Garrido, María Dolores Cervillo Garzón, María Paz Sánchez González e Isabel Zurita Martín, de la Universidad de Cádiz; Reyes Barrada Orellana, Esteve Bosch Capdevila, Ana Giménez Costa, Sergio Nasarre Aznar, Pedro del Pozo Carrascosa y Héctor Simón Moreno de la Universidad Rovira i Virgili; Andrés Miguel Cosials Ubach, de la Universidad de Barcelona; y Sonia Ramos González, de la Universidad Pompeu Fabra.

Desde la publicación del *Draft Common Frame of Reference* (a partir de ahora, DCFR) y de sus comentarios oficiales [Study Group on a European Civil Code, Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group) (ed.): *Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full edition. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* (6 Volúmenes), ed. Sellier, 2009] varios investigadores españoles se han ocupado de estudiar el mencionado texto, publicando estudios de distinto alcance que podríamos clasificar en tres grandes tipos de investigaciones. En primer lugar, cabe citar aquellos estudios que se centran en el análisis de la regulación contenida en el DCFR. Se trata, fundamentalmente, de obras colectivas [*vid.*, a título de ejemplo, *Nuevas perspectivas del Derecho Contractual* (dir. por Bosch Capdevila, ed. Bosch, 2012), *Unificación del derecho patrimonial europeo* (coord. por Valpuesta Gastaminza, ed. Bosch, 2011) y *Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (coord. por Bosch Capdevila, ed. Bosch, 2009)]. Aunque existen también artículos doctrinales que adoptan esta perspectiva (véase, a título de ejemplo, el número 320 del año 2011 de la revista *Noticias de la Unión Europea* dedicado al Derecho Privado Europeo y en el que cabe encontrar valiosas contribuciones sobre la materia). En segundo lugar, algunas publicaciones reflexionan acerca del significado y alcance de este borrador académico como instrumento de unificación del Derecho Privado Europeo [*vid.*, a título de ejemplo, el segundo capí-

tulo del libro ya citado *Unificación del derecho patrimonial europeo*; y el artículo «El Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo: cuestiones valorativas y problemas legislativos», que, si bien está firmado por investigadores europeos (Eidenmüller, Faust, Grigoleit, Jansen, Wagner, Zimmermann; la traducción corrió a cargo de Rodríguez Rosado), se ha publicado en una revista nacional (*ADC*, 2009, núm. 4, pp. 1461 a 1522)]. En tercer lugar, comienza a ser frecuente que estudios doctrinales de Derecho español tengan en cuenta el DCFR [véase, a título de ejemplo, Fenoy Picón: «La compraventa del Texto Refundido de Consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE», en *ADC*, 2013, II (en prensa cuando se entregó la presente reseña); y Gómez Calle: «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Marco Común de Referencia», en *ADC*, 2012, pp. 31 a 102].

¿En qué grupo de los anteriores se inserta la obra de la que se está dando cuenta en estas líneas? Probablemente en ninguno de ellos. Se trata de una nueva forma de abordar el estudio del DCFR y que consiste en un *comentario exegético a los Libros II y IV del DCFR*. Dicha básica definición del contenido de esta amplia obra de dos tomos exige ser desarrollada y matizada para ofrecer al lector una idea lo más precisa posible sobre ella.

1. Se trata de un comentario exegético, tal y como se indica en el Prólogo de la obra (p. 72), lo cual condiciona toda la estructura del libro, que sigue la sistemática del DCFR, y que consiste en un comentario individual a cada artículo. Como excepción se sitúa el comentario al Libro IV.C, dedicado al contrato de servicios, que va precedido de un breve estudio histórico que, a juicio de los autores, ilumina y ayuda a comprender mejor la regulación de este contrato.

2. Se trata de un estudio relativo a una parte del *Derecho contractual*. El DCFR consta de diez libros y un Anexo terminológico. La presente obra se ha centrado en dos Libros, el II y el IV. El Tomo I se dedica al Libro II, que se ocupa de la parte general del contrato: tras unas disposiciones generales (Capítulo 1), trata la no discriminación (Capítulo 2), los deberes precontractuales (Capítulo 3, que incluye los deberes de información, el deber de prevenir errores de introducción de datos y reconocimiento de recepción, los deberes de negociación y de confidencialidad, las reglas aplicables a los bienes muebles o servicios no solicitados y los daños por incumplimiento de los deberes regulados en dicho capítulo), la formación del contrato y de otros actos jurídicos (Capítulo 4), el derecho de desistimiento (Capítulo 5), la representación (Capítulo 6), las causas de invalidez del contrato (Capítulo 7), la interpretación (Capítulo 8) y el contenido y efectos de los contratos (Capítulo 9). El Tomo II se dedica al Libro IV, relativo a la compraventa (Parte A), al arrendamiento de bienes muebles (Parte B), al contrato de servicios (Parte C), al mandato (Parte D), a los contratos de agencia comercial, franquicia y distribución (Parte E), al préstamo (Parte F), a las garantías personales (Parte G) y a la donación (Parte H).

3. Si bien el DCFR es el objeto principal de estudio, no es éste el único texto de Derecho Privado Europeo analizado. El proceso de armonización del Derecho Privado Europeo dio un paso más en el mes de octubre de 2011, con la publicación de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores; y, de ese mismo año, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL)

(COM (2011) 635 final). El antecedente de la citada Propuesta es, precisamente, el DCFR. El paso intermedio entre ambos textos fue el *Feasibility Study on a future initiative on European Contract Law* (FS), disponible en http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf. El FS y el CESL han sido incorporados a la obra con un encomiable esfuerzo de los investigadores, cuya labor se encontraba ya en la fase final cuando estos textos se dieron a conocer.

El Grupo de Expertos que redactó el FS y el CESL, grupo nombrado por la Comisión europea, mediante Decisión de 26 de abril de 2010, tenía como misión seleccionar aquellas partes del DCFR relacionadas con el Derecho Contractual y llevar a cabo una labor de reestructuración, revisión y perfeccionamiento de las disposiciones elegidas. Pues bien, el libro del que se está dando cuenta en estas líneas ofrece ya una primera panorámica de los cambios introducidos. A modo de ejemplo, la mera lectura del índice muestra qué instituciones, reguladas en los Libros II y IV del DCFR, han sido desechadas en el FS y en el CESL: porque cuando estos textos las han regulado se dedica un epígrafe a su análisis; por el contrario, la ausencia de dicho epígrafe en el comentario de un artículo concreto, viene a significar que esa materia no ha pasado el filtro del Grupo de Expertos que han llevado a cabo la labor de depuración del DCFR.

4. Si bien se trata de una obra de Derecho Privado europeo, tiene como contrapunto al Derecho español. Tal y como informan los autores en el Prólogo de la obra (p. 71), los investigadores se marcaron dos objetivos esenciales: en primer lugar, analizar la regulación que se propone en el DCFR; y en segundo lugar comprobar el impacto de esta regulación en el Derecho civil español. Este segundo objetivo tiene su plasmación en la estructura del comentario de cada artículo, que finaliza siempre con un epígrafe denominado «Compatibilidad con el Derecho español». En dicho epígrafe se toman en consideración el Código Civil, el Código Civil de Cataluña, el resto de normativa autonómica (cuando existe) y la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos elaborada por la Comisión General de Codificación (Suplemento del Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año LXIII, Enero 2009).

Es digno de elogio y admiración el notable esfuerzo realizado por los autores de la obra, que ofrecen una herramienta de trabajo extremadamente útil para quien desea aproximarse a la regulación de los libros II y IV del DCFR y a sus similitudes y diferencias esenciales con el Derecho contractual español: la obra le proporcionará, por un lado, las claves para comprender las difíciles materias en liza; y, por otro lado, los materiales doctrinales y jurisprudenciales necesarios para, en su caso, seguir profundizando en su estudio.

Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ
Universidad Autónoma de Madrid

BOSCH CAPDEVILA, Esteve (dir.): *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, Bosch, Barcelona, 2012, 642 pp. ISBN: 978-84-9790-954-9.

El Catedrático Esteve Bosch dirige con acierto la publicación que es objeto de reseña, donde se recoge el análisis de los principales retos que debe afrontar el derecho de contratos. Este libro se edita, asimismo, con ocasión

del 50 aniversario de la aprobación de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, con lo que entre los autores se reúnen los principales juristas catalanes sobre este Derecho.

La publicación se inicia con un preámbulo introductorio a cargo del propio Dr. Bosch, que analiza los desafíos de la codificación del Libro VI del Código Civil de Cataluña dedicado a las obligaciones y los contratos, y propone una regulación completa de la materia, que evite los problemas que puedan derivar de la aplicación, directa o supletoria, de otros cuerpos legales. A continuación, el catedrático Antoni Vaquer analiza en un amplio capítulo el marco general del nuevo Derecho de Contratos con el objetivo puesto a los documentos normativos y académicos que surgen en el ámbito europeo inspirados, principalmente, del DCFR. El Dr. Vaquer pone especial atención en analizar la situación legislativa francesa (los trabajos prelegislativos posteriores al *Rapport Catala*) y las recodificaciones en la Europa Central (Hungría, Rumanía o República Checa), para trasponer las consecuencias ante una futura modificación del Libro de Obligaciones y Contratos del Código Civil y de la redacción del Libro VI del Código Civil catalán que está en marcha.

El enriquecimiento injusto es objeto de un exhaustivo análisis por el catedrático Ferran Badosa. En esta ocasión, dedica su participación a analizar la formación de este concepto. Así, este capítulo de libro se divide en una reseña aportación que realiza respecto al origen y consolidación de este concepto en la legislación suiza; y, por otro lado, en la inserción en el Código Civil español del enriquecimiento injustificado. Respecto de esta segunda parte, analiza con detenimiento la diferenciación del enriquecimiento injustificado respecto de los cuasicontratos, desde una perspectiva jurídica; o el componente económico del enriquecimiento injustificado: el enriquecimiento a costa del empobrecimiento de otro.

El catedrático José M.^a Miquel dedica su aportación a tratar sobre la reserva del dominio, haciendo una comparativa histórica desde el Derecho Romano y el Derecho Intermedio. Asimismo, realiza un análisis comparativo de las diferentes legislaciones europeas que recogen esta institución, examinando cuál es su configuración concreta. Sin embargo, el principal objeto de su participación es analizar en nuestra legislación (Código Civil y las diferentes leyes especiales) la configuración de la reserva de dominio, su eficacia y consecuencias en la transmisión de la propiedad, afirmando que el pacto de reserva de dominio no es desproporcionado, ni abusivo, sino que es un pacto equilibrado y conforme en una compraventa con precio aplazado.

El siguiente aspecto analizado es la responsabilidad extracontractual. Este aspecto es tomado en consideración por los catedráticos Miquel Martín-Casals y María Paz García Rubio en sendos capítulos de libro. El primero de ellos, correspondiente al Dr. Martín-Casals, analiza ampliamente, entre otros aspectos, la causalidad de hecho y los problemas causados por la incertidumbre. Se agradece al autor que ejemplifique mediante supuestos prácticos los diferentes supuestos de incertidumbre, bien, a través de remisión a la Jurisprudencia, bien, a través de la construcción de supuestos científico-doctrinales. Por otro lado, la Dra. García Rubio dedica su contribución al análisis de la responsabilidad precontractual, mediante el recurso del análisis de casos. Así, se centra en analizar el supuesto de ruptura de negociaciones para adquirir un local para una librería, conducidas con mala fe; la ruptura del deber de confidencialidad sobre datos obtenidos en el proceso de negociación de un contrato que no se llegó a celebrar (de gran interés, al centrarse en el campo de las innovaciones científico-técnicas, en particular, de la elaboración de

material informático); y, finalmente, el dolo o error en el proceso de celebración de un contrato que sí se llega a celebrar. La catedrática M.^a Paz García Rubio utiliza con acierto la extensa fuente normativa existente en materia de responsabilidad (PECL, CC, DCFR, Propuesta de Modernización del CC).

A continuación, la catedrática Ana Cañizares analiza la resolución de contratos por incumplimiento en el concurso de acreedores. Un supuesto de notable actualidad en estos tiempos. La Dra. Cañizares pone especial atención en el análisis de las obligaciones recíprocas y su vigencia a pesar de la declaración de concurso. Asimismo analiza la eficacia de la resolución de las obligaciones contractuales tras haberse declarado el concurso, en particular, respecto del artículo 61.2 LC. Afirma la autora que sólo se puede resolver por el incumplimiento del otro, añadiendo que las consecuencias de esta resolución serán liberatorias e indemnizatorias.

El contrato de compraventa recogido en el Marco Común de Referencia (DCFR) es ampliamente diseccionado por la catedrática M.^a Paz Sánchez González, donde recoge cada una de sus singularidades: la definición de bienes muebles, los bienes futuros, la propiedad intelectual como objeto de compraventa, las compraventas de consumo, la determinación de la cosa y del precio objeto de compraventa, la obligación del vendedor de *recibir* los bienes o los efectos de la transmisión del riesgo. Este capítulo de libro constituye uno de los principales elementos de consulta para un conocimiento breve, sucinto y de calidad de esta figura contractual que encontramos en el DCFR.

El director de esta publicación, el catedrático Esteve Bosch, también participa como autor doctrinal en el cuerpo de esta obra. Para ello, escoge la anulación del contrato por explotación injusta que se puede encontrar en el artículo 1301 del Proyecto de Modernización del Código Civil. El análisis de este precepto viene precedido por una comparación entre las diferentes legislaciones europeas y de las propuestas armonizadoras del derecho contractual (DCFR, *Feasibility Study* o el Instrumento Opcional). El Dr. Bosch analiza los requisitos exigidos para llevar a cabo esta anulación, concluyendo que la norma que contiene el Proyecto de Modernización, además de enlazar con el contexto legislativo y académico actual, evita la explotación de la situación de necesidad de una persona.

Las siguientes contribuciones proceden por un lado de experimentados profesionales del Derecho (Notarios, Registradores o Abogados), así como, de profesores e investigadores especializados en ese específico campo. El Registrador de la Propiedad, Ángel Valero, examina la novación modificativa de las hipotecas, tema de especial interés, en la actual crisis hipotecaria. Posteriormente, el Notario, Manuel González-Meneses, aporta una interesante reflexión sobre la firma electrónica como instrumento de imputación jurídica en la contratación electrónica. Su amplio análisis de la materia, a través de las leyes especiales, Directivas Europeas y el Código Civil, amén de la doctrina especializada en la materia, constituye un referente en una sociedad abocada cada día más a la contratación electrónica. Así, una de las principales conclusiones que se extraen es la justificada demanda de seguridad, es decir, de conseguir una imputación segura de las declaraciones electrónicas a sus autores. El bloque de capítulos redactados por profesionales del Derecho lo finaliza la contribución conjunta realizada por los abogados y profesores universitarios, Joaquim-Joan Forner –catedrático de la UB– y Miguel Torres –profesor asociado de la UB– especializados en Derecho Internacional Privado. El objeto de su análisis es la competencia judicial internacional en materia contractual.

Los autores ponen especial interés en el nuevo artículo 5.1 del Reglamento Bruselas-I sobre la competencia judicial en materia de compraventa de mercaderías y de la prestación de servicios. Es reseñable, asimismo, la amplia utilización de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para argumentar su exposición.

Finalmente, como avanzábamos, el libro «*Nuevas perspectivas del derecho contractual*» recoge un último bloque de autores que dedican sus contribuciones al análisis pormenorizado de alguna concreta cuestión contractual o aspecto legislativo del derecho de contratos. Así, el Dr. Corral, analiza la garantía comercial de las ventas de consumo en el DCFR, analizando aspectos interesantes como la carga de la prueba de la falta de idoneidad del producto o una reflexión sobre la limitación de la responsabilidad del garante. Seguidamente, la Dra. Rodríguez Guitián analiza la regulación de la causalidad alternativa en el DCR, mediante el examen de la presunción de la relación de causalidad y de la responsabilidad solidaria. A continuación, el Dr. Jiménez Muñoz, analiza con acierto las perspectivas de regulación del derecho de desistimiento en el Derecho Europeo de Contratos, tomando como origen y fuente el DCFR y la, *en aquel entonces todavía*, propuesta de Directiva sobre los Derechos de los Consumidores. La Dra. Diéguez Oliva, analiza, inmediatamente después, la representación indirecta en la Propuesta de Modernización del CC, comparándola con los PECL y el DCFR. Asimismo, aporta un interesante examen de las resoluciones de la DGRN sobre la materia. La Dra. Saborido Sánchez se encarga de aportar su visión crítica por la supresión de la causa en el nuevo derecho europeo de contratos y la influencia que puede tener sobre el ordenamiento jurídico español y francés. El análisis de la fijación unilateral del precio de la compraventa por una de las partes es la contribución que nos ofrece la Dra. Pacheco Jiménez. El Proyecto de Modernización del CC es nuevamente analizado, en esta ocasión por la Dra. Macía Morillo, en relación a la extinción del poder de representación por concurso. La Dra. Crespo Mora nos ofrece una breve crónica de la regulación del contrato de servicios en el DCFR y su posible adaptación al CC. La Dra. Tomás Martínez se ocupa, igualmente, de analizar el DCFR, en esta ocasión, respecto de la tendencia europea a favorecer la conformidad contractual en el tiempo señalado para el cumplimiento. El Dr. Simón Moreno, se encarga de examinar la accesoriedad de las garantías personales en el Libro VI del Código Civil de Cataluña. Finalmente, la profesora Giménez Costa retoma el análisis del DCFR, y, particularmente, sobre el principio de no discriminación y su incidencia en la contratación privada.

En definitiva, la publicación de esta interesante e indispensable obra permite al lector informarse y formarse sobre las más recientes inquietudes jurídicas en el ámbito del derecho contractual.

Andrés Miguel COSIALLS UBACH
Universitat de Barcelona

BALDUS, Christian - FINKENAUER, Thomas - RÜFNER, Thomas (eds.): *Bologna und das Rechtsstudium. Fostschritte und Rückschritte der europäischen Juristenausbildung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011. 290 pp. ISBN 978-3-16-150773-1.

El volumen es una *repetita praelectio* de una obra anterior, publicada en 2008, dirigida por los mismos profesores, bajo el título de *Juristenausbil-*

ding in Europa zwischen Tradition und Reform (Tübingen: Mohr Siebeck, 2008; recensión en ADC 2010, 1, pp. 323-327.). Aquella obra, resultado de un simposio celebrado en Tréveris entre los días 23 y 25 de noviembre de 2007, estaba destinada a reflexionar en torno al pasado, presente e incierto futuro de la educación jurídica en Europa desde una perspectiva histórica y comparada, un tema de vibrante actualidad en ese momento en toda Europa, pero particularmente en España, cuando se estaba produciendo el cambio en los planes de estudio en todas las Facultades de Derecho y las expectativas despertadas por el «modelo de Bolonia» en la práctica resultaban de todo punto exageradas (si bien el tono general de las contribuciones de aquel volumen no era precisamente complaciente con los «nuevos aires» auspiciados por ciertas instituciones europeas). El motivo de aquel simposio y el correspondiente libro fue, en particular, la resistencia a la idea de ver el «proceso de Bolonia» como una mera justificación de un proceso natural necesario, así como a dejar el debate únicamente en el campo de los intereses económicos y corporativos, dado que la calidad de la formación de los juristas es un elemento de importancia capital para el adecuado funcionamiento del Estado de Derecho y, en consecuencia, no puede abandonarse solamente al criterio de los especialistas y de los grupos de interés, sino que afecta todos. El objetivo no fue otro, pues, que proporcionar una fundamentación científica a la discusión material en torno al procedimiento más correcto de encauzar los estudios jurídicos a la altura de estos tiempos, y para ello se hacía necesario enfocar la cuestión con una perspectiva histórica y comparatista, aunque el declarado interés central de los organizadores del evento era, obviamente, el estado presente y la panorámica de futuro de los estudios jurídicos en Alemania.

Esta obra que aquí se nos presenta constituye una continuación y profundización de aquella, pero con una óptica mucho más matizada como consecuencia de la experiencia del rodaje de ese nuevo «paradigma boloñés» en muchos lugares de Europa.

En efecto, desde la aparición de la anterior edición de este volumen muchas cosas han cambiado en Europa a estos efectos. Algunos Gobiernos impulsores del proceso reformista han caído, otros han cambiado de posición. La experiencia del rodaje del «modelo Bolonia» en disciplinas distintas de las ciencias jurídicas también está teniendo repercusiones. Consecuentemente, este libro no se ha limitado a ser una mera reproducción o actualización del anterior, sino que introduce algunas modificaciones importantes.

La obra se estructura en dos bloques fundamentales: experiencias y expectativas, siendo el primero de dimensiones notablemente superiores al segundo. Ese primer bloque se articula en dos partes diferenciadas: una primera de carácter metodológico y una segunda (más extensa), de carácter más informativo y práctico. En la parte metodológica se presentan dos exposiciones generales de las experiencias formativas en el campo del Derecho a nivel europeo y americano, una de carácter histórico (T. Rűfner) y otra de carácter comparatista (T. Raff). Ambos textos son meras panorámicas de la situación, no pretenden aportar grandes novedades, de modo que el lector interesado hará bien en consultar la edición anterior para encontrar informaciones más sustanciosas, sobre todo desde el punto de vista histórico.

A continuación aparece una batería de informes nacionales, donde se da cuenta de la reforma de los estudios jurídicos en diversos Estados de Europa, por orden alfabético (en alemán): Finlandia (H. Pihlajamäki), Francia (J. Walter), Gran Bretaña (M. Trybus), Italia (P.F. Mondini), Países Bajos (L. Winkel), Austria (V.T. Halbwachs), Polonia (W. Dajczak), Eslovenia

(J. Krajnc), España (F. Gascón Inchausti) y Hungría (A. Földi). También hay informes generales sobre Latinoamérica (A. Jaeger Junior) y Estados Unidos (J. Zekoll). Finalmente, en este bloque, hay un largo informe sobre la situación en Alemania (U. Manger), donde la controversia en torno a la conveniencia o no (más bien esto último) de la instauración del «modelo de Bolonia» en los estudios jurídicos ha sido especialmente acalorada. Allí se introdujo una reforma en 2002 que incorporaba algunos elementos tomados de las propuestas de Bolonia, pero sin aceptar enteramente el modelo *bachelor/master* para los graduados en Derecho y sin suprimir la institución tradicional alemana del *Staatsexam*. En este trabajo no se ofrece una visión muy clemente de los resultados de esta reforma en las Universidades alemanas, lo que se corrobora en el artículo conclusivo a cargo de los editores del volumen.

El segundo bloque se refiere a las «expectativas» que despierta el modelo boloñés, particularmente desde la óptica alemana. Ahí se recogen los resultados de la discusión que tuvo lugar en el congreso de Tréveris de 2007 y se actualizan. En primer lugar, H. Schöbel analiza la conveniencia (o más bien inconveniencia) de la introducción del sistema de «Bolonia» en los estudios de Derecho, rompiendo así la secular tradición de combinación de ciencia y praxis a través de los estudios universitarios seguidos de los dos exámenes de estado, con participación de profesionales prácticos del Derecho. Por su parte, P.-C. Müller-Graff sugiere que la introducción del modelo de «Bolonia» en Alemania sería irresponsable, puesto que supondría cambiar un sistema cuya eficacia ha sido contrastada internacionalmente por otro de resultados inciertos y discutibles: el tipo de profesional en el que está pensando el «modelo boloñés» no es el del *Volljurist* de la tradición alemana, sino uno bien distinto, orientado al mercado, para el que puede bastar una educación universitaria de tres años, y no puede privarse a la Universidad alemana de la posibilidad de seguir formando tales juristas integrales como ha venido haciéndolo hasta ahora con un éxito reconocido. El libro se cierra, como hemos dicho, con un trabajo conclusivo a cargo de los co-editores: en él los autores se muestran extraordinariamente críticos tanto con la reforma alemana de 2002 como con la perspectiva de una posible profundización del modelo de Bolonia en las Facultades de Derecho de Alemania. A su juicio, esta reforma, al igual que otras en el pasado, con la promesa de una mejora en la calidad educativa de los estudios universitarios y una formación más práctica de los estudiantes y en menos tiempo, ha traído consigo en realidad un descenso de nivel formativo, un incremento del gasto burocrático y una mayor duración de la permanencia de los estudiantes en las aulas. Los autores contrarrestan los argumentos de los defensores de la implantación del «modelo boloñés» en las Facultades de Derecho alemanas y rebaten sus objeciones hacia el modelo tradicional. Su posición, en definitiva, es que, no existiendo ninguna obligación jurídica derivada del Derecho comunitario de implantar esta reforma, no existe ninguna razón para hacerlo, porque esta supone una pérdida de algunas de las cualidades principales del «modelo alemán» (que ha comportado tradicionalmente diferencias cualitativas respecto de otros países europeos) sin obtener ninguna ventaja a cambio, además de traer las nefastas consecuencias anteriormente mencionadas.

Resulta, sin duda, muy de agradecer la aparición de este tipo de trabajos que tratan de evaluar los resultados que va arrojando un proceso de reforma universitaria que, iniciado con grandes aspiraciones y alharacas, en su realización práctica se está revelando como un paso fallido, o al menos un intento insuficientemente tomado en serio, para la renovación de las viejas y anqui-

losadas estructuras de la Universidad, particularmente visto desde España, si bien la lectura del volumen hace pensar que la experiencia española no se encuentra, en este punto, particularmente alejada de la foránea. Con todo, esto no pasa de ser una impresión subjetiva, aunque parezca ampliamente compartida por la comunidad educativa, puesto que, desde un punto de vista más científico, aún no ha pasado tiempo suficiente, y en especial aún no se dispone de un número apreciable de egresados universitarios conforme al nuevo sistema, como para disponer de datos objetivos que proporcionen una impresión más fiable. Habrá que esperar, por tanto, a nuevas ediciones, de este y otros trabajos similares, para poder tomar una postura que se muestre más plausible.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS
Universidad de Valladolid

BACKHAUS, Jürgen G. - CASSONE, Alberto - RAMELLO, Giovanni B.: The Law and Economics of Class Actions in Europe. Lessons from America, Cheltenham (RU) - Northampton (EEUU), Edward Elgar Publishing, 2012, 384 pp. ISBN 978-1-84720-803-3.

La obra realiza una propuesta de partida que puede calificarse de acertada: aportar la experiencia estadounidense de los procesos colectivos, en su versión de acciones de clase, a los ordenamientos europeos, dado que muchos de ellos ni siquiera recogen una auténtica regulación en este sentido. Para este propósito, se ocupan de la redacción de la obra una veintena de autores, de diversas nacionalidades y procedencias científicas, muchos de ellos de distintas disciplinas económicas y algunos de ellos con contrastada experiencia práctica en el terreno estudiado.

Es importante señalar que la referida es sólo la propuesta de partida, porque el contenido final que después encuentra el lector no es exactamente el citado. En realidad se incluyen, al final del libro, algunos informes nacionales y supranacionales (Portugal, Finlandia y el código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica), que vienen precedidos por extensos análisis económicos del Derecho referidos a la normativa y experiencia estadounidense sobre todo, aunque también europea, algunos de ellos bastante complejos para un jurista sin formación económica. También aparecen trabajos muy breves, que quizás no debieran haber sido incluidos en la obra por su escasa aportación, junto con dos estudios que considero muy relevantes y acertados: el de Guido Calabresi, importante para entender el origen histórico real –tantas veces falseado– y el impacto sociológico de las *class actions* en Estados Unidos, así como el de Frederic M. Scherer, que explica de un modo muy simple, pero técnicamente impecable, la problemática económica de los abusos que muchas veces se cometen en la interposición de este tipo de demandas. Dichos abusos consisten en lo siguiente: algunos abogados, que no ejercen en realidad su función jurídica, solamente intentan buscar con un exceso de retórica y falaz argumentación, una injusta transacción, presionando a las grandes empresas con el único objetivo de obtener una indemnización millonaria que, más que servir a los intereses de los afectados, contribuyen al pago de los cuantiosos honorarios de los abogados que se encargan de este tipo de asuntos. Esa es una realidad conocida, aunque curiosamente se sigue hablando de ella con cierto temor, o bien incluso es sobreestimada, pero es absolutamente cierta y descubre el porqué de algunos procesos con indemnizaciones multi-

millonarias que aparecen publicados en los medios de comunicación, y que a cualquier observador crítico le parecen incomprensibles.

Se descubre así, a las claras, cómo existen sociedades de abogados que únicamente tienen por objeto la «creación» de este tipo de asuntos con un móvil, como se ha dicho, de enriquecimiento injusto, aprovechando para ello el hecho real amenazante de que el proceso civil estadounidense es carísimo en todos los sentidos si llega a celebrarse, lo que favorece que se alcancen, en la fase pre procesal –que es exageradamente extensa– indebidas transacciones que nunca debieron tener lugar. Además, se alude al hecho de que los costes de litigación para los miembros de la clase, aunque muchas veces se supone –o se afirma falsamente– que son bajos, en realidad pueden no serlo, resultando claramente antieconómico el *opt-in* en este tipo de litigios. Se destaca también cómo la Class Action Fairness Act de 2005, aun reconociendo la problemática, no ha tenido los resultados esperados para hallar las soluciones a los inconvenientes planteados.

Si algo descubre este libro, desde diversas perspectivas, son las miserias de los procesos colectivos, que debieran ser tenidas muy en cuenta por el legislador europeo antes de realizar propuestas como las que ya se están manejando. Los procesos colectivos no funcionan bien casi en ninguna parte. En Italia son testimoniales y su normativa no es adecuada. En Alemania, el procedimiento del auto-modelo tampoco acaba de ser la solución ideal en estos casos. En España, la realidad de los procesos colectivos es verdaderamente frustrante, aunque la legislación procesal civil cuenta con unas bases que sí que son apropiadas, pese a que les falta desarrollo en cuanto a los procesos con un número indeterminado de afectados.

En consecuencia, es posible que este libro acabe con la ensoñación generalizada existente, desde hace varios años, con respecto a este tipo de procesos, sobre todo desde el punto de vista doctrinal, y aunque solo fuera por ello, merece mucho la pena su atenta lectura, especialmente de los estudios ya reseñados. En estos procesos, en realidad, el único problema es que existen demasiados litigantes, lo que hace el proceso impracticable si quisieran comparecer todos a la vez. Identificado el problema, la solución no es manipular la cosa juzgada, como se intentó en el código modelo para Iberoamérica antes referido, sino mejorar sustancialmente la publicidad de estos procesos para reducir al mínimo los casos de afectados no identificados. Y una vez reunidos los afectados, debe pensarse en algún modo eficiente de afrontar los múltiples problemas probatorios que se plantean y que por lo general son incomprensiblemente ninguneados. También debe plantearse seriamente algún tipo de representación, probablemente pública, para evitar que sean solamente un objetivo crematístico de abogados, que es lo que, aunque duela decirlo y se oculte con frecuencia, está muchas veces en la base de su indebida popularidad.

Jordi NIEVA FENOLL
Universidad de Barcelona

SERRANO FERNÁNDEZ, María: *Las reglas de interpretación de los contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 216 pp. ISBN: 978-84-9004-566-4.

«El informe nunca era corto, partía del estado del mundo aunque en los varios lo urgente era la factura del teléfono». De este modo, que puede pare-

cer hasta divertido, describe Rossana Rossanda en sus memorias (*La muchacha del siglo pasado*, Foca, Madrid, 2008) como se desarrollaban las asambleas en las pequeñas células comunistas activadas en el Milán de la posguerra italiana. Quien hablaba, ante sus compañeros de fábrica o ante sus vecinos, siempre daba un gran rodeo. Terminaban tratando de sus pequeños problemas, laborales o del barrio, pero el orador de turno comenzaba siempre hablando de los acontecimientos internacionales o del país. Del centro del mundo a la periferia, de lo grande a lo pequeño.

En cierta medida, esto que nos describe Rossana Rossanda, es lo mismo que sucede en muchas de las monografías –y son bastantes– que se publican últimamente entre nosotros sobre los sucesivos intentos –tenemos que seguir hablando así– de unificación (y/o armonización) del Derecho privado europeo. Muchos de estos textos, en forma de libro o de artículo, incluyen, de manera parece que inevitable, un obligado capítulo o introducción sobre este proceso. Eso hace que el número de páginas aumente, la mayoría de las veces, con información, mejor o peor contada, pero más que conocida para el público medianamente informado. Los autores, y llama más la atención cuando son contrastados y experimentados, incurren en el conocido (y justificable, en este caso) vicio del bisoño doctorando que se siente impelido a dejar constancia de todo lo que ha leído y de todo lo que ha trabajado. Siendo cierto que cualquiera que se aproxime al proceso de unificación del Derecho privado europeo por vez primera, está obligado a hacer un esfuerzo para conocer qué ha sucedido en los últimos años, ello no ha de traducirse necesariamente en una exposición de dicho proceso en un trabajo que aborde un tema concreto y puntual tratado en alguno de los instrumentos producidos en dicho proceso. Esta tendencia es demostrativa, por otra parte, del estado embrionario, a pesar de los avances recientes y de los años transcurridos, en que nos encontramos respecto de la unificación del Derecho privado europeo. Si lo pensamos bien es como si alguien cada vez que aborda una institución o una figura regulada en el Código civil tuviese que relatar como se hizo éste. Si esto no sucede es porque sus antecedentes, el conocimiento de los mismos forma ya parte de la cultura jurídica común. Algo, obviamente, que todavía no sucede con el Derecho privado europeo.

En esta narración de los antecedentes de dichos intentos, enmarcados todos a posteriori en lo que puede denominarse el proceso de construcción del Derecho privado europeo, incurre, en buena medida, la monografía de María Serrano Fernández. La indudable calidad del texto que nos presenta, creo que no se habría resentido nada –más bien estoy convencido de lo contrario– si no hubiese incluido las primeras veinticinco páginas, dedicadas, en lo que denomina «Planteamiento», a dar cuenta de la historia de los intentos de formulación de un Derecho privado europeo –como tampoco se habría deteriorado el libro si hubiese eliminado la decena de páginas que dedica a explicar las características fundamentales del Common Law frente al Civil Law–. En descargo (innecesario) de la autora, hay que pensar que ha optado, ante la posibilidad de un lector no avezado en estas cuestiones, porque era mejor contarle que no contarle. Sea como fuere, con base fundamentalmente en la bibliografía de referencia más habitual sobre la materia, relata muy bien este proceso, subrayando como se habría pasado del Derecho privado comunitario, articulado a base de Directivas principalmente, a esta idea, a finales de los ochenta de un Derecho privado único para toda Europa. A partir de ahí, como es conocido, el relato es el de una sucesión de intentos, de impronta

doctrinal en su mayoría, que han culminado, por ahora, en el Draft Common Frame of Reference (DCFR).

El objeto principal del libro, salvado el rodeo señalado, es precisamente analizar las reglas de interpretación de los contratos en el DCFR. En cierto sentido, puede verse como una continuación de otra excelente monografía de la autora: *Estudio de Derecho comparado sobre la interpretación de los contratos* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2005). En ésta se propuso estudiar también algunas cuestiones relativas a la interpretación de los contratos, comparando las dos tradiciones jurídicas occidentales, la del Common Law y la del Civil Law, para verificar su reflejo respectivo en los principales instrumentos de unificación de Derecho privado producidos hasta entonces: la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales y los Principios de Derecho europeo de los contratos. En esta monografía de ahora la perspectiva se amplía hasta el DCFR, con el objetivo, señala la autora, de determinar si en éste la regulación de la interpretación contractual se inspira en el modelo romano-germánico o en el anglosajón (o si ha recogido principios comunes a ambas tradiciones) e incluso si presenta algún cambio novedoso y original.

Entre ambos libros existe también una evidente continuidad metodológica. Los dos pueden considerarse como textos de Derecho comparado, en el sentido más clásico del término. El comparatismo, como no puede ser de otro modo, está muy presente en el tipo de trabajos que se están realizando al calor de este proceso. En efecto, un ejercicio comparatista típico es el que lleva a cabo tanto en el capítulo I, titulado «Derecho europeo», en el que realiza un recorrido por los Derechos civiles latinos o continentales, ocupándose de los ordenamientos italiano, francés, alemán y español, y por el Common Law, como también en el capítulo II, dedicado a «Las soluciones adoptadas en los instrumentos internacionales de unificación del Derecho material» (como una objeción menor hay que decir que el libro en este punto resulta un tanto confuso, ya que se ocupa principalmente de los instrumentos europeos pero también de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional, que tiene carácter supraeuropeo; la confusión, con todo, es puntual y menor, aunque ciertamente viene propiciada desde el mismo título del libro, manifiestamente mejorable; se tiene la sensación de que falta, al final, añadir el adjetivo «europeo»; o bien, la otra alternativa, dado que se ocupa no sólo del caso europeo, que en el título se usase el plural y no el singular, hablando de «procesos» y no de «proceso de construcción»).

El hilo argumental en los dos capítulos está constituido por varias cuestiones cuyo tratamiento analiza, comparativamente como he dicho, en cada uno de los ordenamientos e instrumentos que considera. A saber: en primer lugar, la vigencia de la conocida regla de origen anglosajón *parol evidence rule*, directamente relacionada con la fijación del material objeto de interpretación, cuestión vinculada a las llamadas *merger clauses* (cláusulas de restricción probatoria), de las que también se ocupa; en segundo lugar, la admisibilidad o no de la conocida como interpretación integradora o integrativa del contrato (una categoría creada por la doctrina alemana, con seguidores entre los autores italianos, pero que entre nosotros puede resultar un tanto innecesaria por contar con el art. 1258 CC); y en tercer lugar, por último, realiza un análisis de las normas o criterios de interpretación, a partir de su distinción entre subjetivas y objetivas, con especial atención a la cuestión de si entre ellas existe alguna suerte de jerarquización. Este largo periplo culmi-

na en el DCFR, en la idea, como la propia autora señala, de recorrer el mismo itinerario seguido con toda probabilidad por quienes han elaborado las reglas de interpretación de los contratos contenidas en éste (*vid.*, principalmente el Libro II, Capítulo 8, Sección I).

Las posibilidades de que el DCFR sea adoptado finalmente por las instituciones europeas son todavía inciertas. Es una cuestión de voluntad política que en estos momentos, dada la situación que vivimos, parece que puede quedar desplazada por otras urgencias. La falta de un decidido y claro impulso político es algo que ha acompañado a este proceso y que explica el carácter eminentemente académico o doctrinal del proyecto. Como señalaba muy bien Infante Ruiz («Entre lo político y lo académico: un *Common Frame of Reference* de derecho privado europeo», *InDret* 2/2008), el DCFR expresa las reglas y los principios que los investigadores que han intervenido en su elaboración han considerado más adecuadas y modernas para los contratos y las obligaciones no-contractuales, principalmente. A partir de ahí, hay que considerarlo sólo (o nada más y nada menos) como un precioso instrumento en manos de los estudiosos, perfecto si se usa bien para hacer progresar el Derecho. En definitiva, es como el si DCFR hubiera cursado una invitación a medirse con él. La Profesora Serrano es claro que la ha aceptado con esta monografía que nos ofrece, obteniendo además un impecable resultado.

César HORNERO MÉNDEZ
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

Vida jurídica. Reseña de Congresos en materia de Derecho Privado Europeo

Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung zum Entwurf eines «Common European Sales Law» (CESL), Friedrich-Wilhelms-Universität de Bonn, 21 y 22 de abril de 2012

En los días 21 y 22 de abril del pasado año 2012 tuvo lugar en el acogedor entorno de la Friedrich-Wilhelms-Universität de Bonn un congreso extraordinario de la Unión de Profesores alemanes de Derecho civil (entiéndase por «alemanes» personas de lengua alemana), a la que tuve el honor de asistir por invitación del presidente de dicha asociación, el profesor Reinhard Zimmermann (Hamburgo). Dicho congreso estuvo dedicado monográficamente a hacer una valoración de conjunto y compartida del reciente proyecto de Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (más conocida por sus siglas inglesas: CESL), de 11 de octubre de 2011, sometida a la discusión pública antes de ser definitivamente adoptada como un acto normativo por parte de las instituciones comunitarias, y que ha suscitado un enorme revuelo y grandes expectativas entre los estudiosos del Derecho privado europeo a nivel continental, por lo que un gremio tan prestigioso como el de la civilística alemana no podía permanecer indiferente ante ese fenómeno —en particular teniendo en cuenta que algunos de sus miembros han sido actores destacados en los trabajos de elaboración de dicho documento, por lo que esta reunión tenía también visos de convertirse en un cierto «ajuste de cuentas» científico con esos mismos actores—.

En la primera jornada de la reunión, tras los saludos protocolarios, del vicerrector de la Universidad de Bonn, Profesor Armin Cremers, y del presidente de la asociación, Prof. Zimmermann, este presentó una panorámica general del desarrollo de los proyectos de unificación del Derecho privado europeo hasta el reciente borrador de CESL y la enorme relevancia de este proyecto para el futuro de la ciencia del Derecho privado en Europa; de ahí la conveniencia de dedicar un congreso extraordinario de esa sociedad científica a analizar los principales aspectos de ese proyecto y formular sus críticas que, eventualmente, pudieran servir para mejorar su texto definitivo.

El desarrollo del programa científico discurre de la siguiente manera: la primera jornada se dedicó en una primera mitad al estudio de aspectos externos del proyecto de Reglamento (en adelante, PR), con referencia a su ámbito de aplicación y las implicaciones del carácter opcional del instrumento que consagra; y la segunda mitad, en cambio, a cuestiones más sustanciales, como es la relación entre este proyecto y el acervo comunitario en materia de regulación de la defensa de los consumidores; esta consideración sustancial continuó en la segunda jornada, con respecto al Derecho contractual subya-

cente al borrador de CESL y a la relación entre compraventa y los contratos de servicios asociados a esta según la CESL.

La primera ponencia corrió a cargo de la profesora Astrid Stadler (Constanza/Rotterdam) en torno al tema de los presupuestos y el ámbito de aplicación de la CELS («Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich des CESL»). Su intervención se centró en la relación entre la propuesta de Reglamento y las reglas del conflicto de leyes. El propio proyecto (Considerando n.º 10) indica que el Reglamento propuesto no debe afectar a ninguna de las normas vigentes en materia de conflicto de leyes. A juicio de la ponente, la intención de la Comisión está claramente movida por el deseo de evitar la aplicación de la regla de mayor protección a los consumidores del artículo 6.2 del Reglamento Roma I, objetivo que, en su opinión, es imposible de alcanzar. Ella propone una solución de naturaleza conflictual, pero indicándose al consumidor que la elección del CESL para regular su contrato puede acarrearle una reducción del nivel de protección respecto del que le proporcionarían las normas nacionales. La ponente se mostró crítica hacia la regulación del ámbito de aplicación del Instrumento Opcional: el concepto de consumidor («toda persona física que actúa con fines ajenos a su actividad comercial, negocio, oficio o profesión», art. 2 PR) es, desde su punto de vista, demasiado estrecho, y, por otro lado, no se entiende por qué el vendedor ha de ser necesariamente comerciante (art. 7.1 PR); resulta además criticable, por razones de seguridad jurídica, que en caso de los contratos B2B al menos uno de los contratantes deba ser una PYME (art. 7 PR). Junto a estas debilidades internas, la ponente observó la necesidad de hacer correcciones en las definiciones conceptuales, a menudo poco claras. En definitiva, la profesora Stadler se mostró crítica con el proyecto, que considera fallido, y propuso en cambio efectuar a una revisión del *acquis* comunitario en materia de consumo antes de emprender un proyecto realista de normativa de la compraventa europea.

La segunda ponencia le correspondió al profesor Stefan Grundmann (Humboldt-Universität, Berlín) y disertó sobre los costes y beneficios de un Instrumento Opcional de compraventa europea («Kosten und Nutzen eines optionalen Europäischen Kaufrechts»). A su juicio, un Instrumento Opcional en abstracto proporciona grandes oportunidades a los participantes del mercado: por un lado, brinda a los oferentes la posibilidad de reducir sus costes de transacción mediante el sometimiento a un solo Derecho contractual para todos los contratos, mientras que a los demandantes les da una opción más; al mismo tiempo, se mantiene la competencia entre el Instrumento Opcional y los ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo, esta concreta propuesta de Instrumento Opcional, a juicio de Grundmann, no acaba de aprovechar esas ventajas debido a su limitado y poco claro ámbito de aplicación. El hecho de que se trate solo de un Instrumento Opcional no autoriza, en su opinión, a pasar por alto sus debilidades, puesto que un Instrumento Opcional que no sea escogido por nadie no produce utilidad alguna. Para el ponente, no basta con una serie de correcciones de detalle, sino que hay que avanzar hacia una «solución amplia» consistente en el desarrollo en un procedimiento competitivo de un Derecho contractual opcional.

El debate subsiguiente a estas dos primeras ponencias se mantuvo en la misma actitud de escepticismo frente a la base jurídica escogida por la Comisión para realizar la propuesta de reglamento (el art. 114 TFUE), así como en la necesidad de discutir sobre el ámbito de aplicación del proyecto

y las dudas en torno al funcionamiento del CESL junto con los 27 ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. El profesor Dirk Staudenmayer, miembro de la comisión que ha elaborado el PR, puso de relieve el alto nivel de protección del consumidor que contiene la propuesta, si bien concedió que la base competencial para elaborar el proyecto resulta problemática, por lo que finalmente se decidió restringir el ámbito de aplicación solo a los negocios transfronterizos, a fin de poder basar la propuesta en el artículo 114 TFUE. Defendió asimismo el concepto de PYME contenido en el PR con el argumento de que es justamente ahí donde residen, con diferencia, la mayor parte de los problemas. A esto siguió una viva discusión en la que se mostró una posición predominantemente crítica hacia el PR entre los asistentes: así, se puso muy en duda que el proyecto hubiera de basarse en el artículo 114 TFUE, y no en el artículo 352 TFUE (Kieninger, Grundmann, Remien, Ahrens, Schulze) y también se criticó (en particular, Kieninger, Wagner, Huber y Schulte-Nölke) el ámbito de aplicación del PR sobre todo por ser demasiado estrecho.

La segunda parte de esta primera jornada se dedicó a glosar la relación entre la CESL y el Derecho europeo de los consumidores, con una ponencia encargada a la profesora Brigitta Zöchling-Jud (Viena) bajo el título de «Acquis-Revision, CESL und Verbraucherrechte-Richtlinie». La ponente refirió de entrada los paralelismos en la gestación de la propuesta de CESL y de la Directiva de derechos de los consumidores, señalando a la vez las semejanzas y diferencias entre ambos instrumentos. Desde su punto de vista, los deberes de información del CESL son redundantes y demasiado extensos, mientras que en la regulación de los derechos de desistimiento se ha acogido el contenido del *acquis* de manera acrítica. Ella se pronunció, no obstante, a favor de la conservación de los derechos de desistimiento obligatorios en la contratación a distancia y en los contratos realizados fuera del establecimiento comercial. Lamentó, además, que no se haya mantenido en el CESL el doble nivel de remedios, que no se hayan completado las acciones del comprador para reclamar una indemnización y que se haya prolongado el plazo de prescripción con base en un inicio subjetivo del plazo. La profesora austriaca criticó, finalmente, que no se haya aprovechado la elaboración de la Directiva de derechos del consumidor para hacer una revisión del *acquis*, y además puso de manifiesto su visión general del CESL como un documento imperfecto y poco atractivo para su uso.

Tras esta intervención hubo un nuevo debate en torno a los problemas referidos a la política de protección de los consumidores, que se orientó sobre todo a las cuestiones de si los derechos de desistimiento y de garantía de los consumidores deben configurarse como obligatorios (Pfeiffer, Artz, Jansen, Lobinger). También hubo quejas de que el PR se haya elaborado antes de una revisión del *acquis* actual (Zoll, Riehm): Staudenmayer señaló, con todo, que el objetivo del CESL en la interpretación de la Comisión no era una revisión del *acquis* sobre derechos de los consumidores, sino más bien reflejar el *acquis* existente.

Con esto finalizó la primera jornada del congreso. La segunda, como hemos indicado, se centró en la discusión de aspectos del Derecho material del contrato de compraventa contenidos en el PR, a través de dos densas ponencias. La primera corrió a cargo del profesor Dirk Looschelders (Düsseldorf) y versó sobre el derecho contractual apuntado en el CESL («Das allgemeine Vertragsrecht des CESL»). El punto de partida de esta intervención fue la indicación de que el régimen jurídico del CESL se funda, como no

podía ser menos, en el principio de libertad contractual; sin embargo, en la regulación concreta se observan numerosas limitaciones de Derecho imperativo, sobre todo en el ámbito de la protección de los consumidores. Más crítico se mostró el ponente, en cambio, con la inclusión también de las PYMES en el círculo de protección de las normas imperativas. También fue objeto de crítica el hecho de que el proyecto abunda en conceptos jurídicos indeterminados, que son una puerta de entrada para la penetración de representaciones jurídicas nacionales en la interpretación del Derecho común, lo que conduce a un grave riesgo de una aplicación diferenciada del CESL. Al hilo de esto, el profesor Looschelders señaló además numerosas contradicciones e inexactitudes del proyecto: así, p. ej., aparece una compleja regulación del error como vicio del consentimiento, pero no hay ninguna norma sobre la anulación del contrato por actuaciones de terceros; el concepto de daños se encuentra insuficientemente elaborado; no hay ninguna disposición sobre la prescripción de acciones judicialmente reconocidas, etc. En cambio, considero positiva la regulación del derecho de restitución porque, por un lado, ha planteado una regulación unitaria y, por el otro, concede al juez una facultad de moderación equitativa en casos extremos (art. 176 CESL), y también merece reconocimiento la amplia coincidencia de la propuesta con los modelos existentes de Derecho uniforme (PECL, DCFR, PIIC, CISG). Con todo, en una valoración de conjunto, la obra adolece, a juicio del ponente, de demasiados fallos de redacción y lagunas de contenido, por lo que lo procedente es someterla a una profunda revisión.

Igualmente siguió a esta intervención un animado debate en relación con la mayor parte de los puntos comentados, particularmente los referidos al ámbito de aplicación del PR (y la exclusión de los contratos vinculados a un préstamo de crédito al consumo del art. 6.2), las circunstancias de la conclusión del contrato, la anulación por error, las reglas de interpretación del contrato, las normas sobre control de cláusulas abusivas y sobre la indemnización por daños y los intereses, el derecho de restitución o los plazos de prescripción. La mayoría de los intervinientes compartió las posiciones críticas del ponente, con diversos matices.

Por fin, la última ponencia fue pronunciada por el profesor Stephan Lorenz (Múnich) y trató sobre uno de los puntos fuertes del proyecto, como es el del contenido de la compraventa y la conexión entre esta y los servicios asociados a esta. El ponente sienta primeramente la premisa de que el Derecho de la compraventa del CESL parte de un concepto subjetivo de vicio material (*ex* art. 100 CESL), pero, no obstante, toma en consideración las expectativas compradoras de los consumidores aun si estas no son legítimas. En conexión con esto comentó el ponente los diversos remedios de que dispone el comprador (exigencia de cumplimiento de la otra parte, suspensión del cumplimiento de las obligaciones propias, resolución del contrato, reducción del precio, reclamación de daños y perjuicios), cuyo presupuesto es el incumplimiento del vendedor. Vertió observaciones críticas con relación al hecho de que la pretensión de cumplimiento esté excluida para el comprador cuando el vendedor haya sido «exonerado» (art. 106.4 CESL), también respecto a la carencia frente a los consumidores de un derecho a una segunda entrega, y por el hecho de que solo se reconozca una «desproporción relativa» como justificación para la falta de cumplimiento (art. 110.3 (b) CESL), y no el derecho a una denegación total de la prestación en caso de desproporción. El ponente también se mostró contrario a la regla según la cual el vendedor solo puede liberarse en caso de fuerza mayor (art. 88 CESL), lo que

supone que el vendedor, por regla general, ha de responder por las culpas de los fabricantes del producto dependientes de él, a diferencia de lo que sucede en el Derecho alemán (§ 280.1 i.f. BGB). Frente a la opinión del ponente anterior, el profesor Lorenz se manifestó crítico frente a la cláusula de modificación equitativa del artículo 176 CESL, que consideró como una auténtica «caja negra» para el legitimado a la resolución del contrato. Finalmente, el ponente puso en cuestión el sentido de las reglas sobre los servicios relacionados con las compras objeto de regulación, a la vista de la estrechez del ámbito de aplicación de la norma. En síntesis, el profesor recomendó también una revisión de la redacción del texto para corregir errores y animó a la adopción de una forma lingüística única (léase, inglesa) como texto auténtico. A su juicio, en cuanto al contenido, el proyecto ha dejado pasar la oportunidad de integrar la pretensión de cumplimiento dentro del concepto de *remedy*, así como la de llevar a cabo una reformulación del *acquis communautaire* al respecto, y no puede ser calificado el proyecto de ningún modo como «una versión corregida de la Convención de Viena». Esta actitud crítica fue compartida igualmente por la mayoría de los asistentes en el debate que siguió a esta ponencia.

Acabado el turno de las ponencias invitadas, el profesor Zimmermann pronunció unas palabras de valoración final y síntesis de los resultados del congreso. A su juicio, de la discusión se desprendió con suficiente claridad una determinada perspectiva política y científica: urge una revisión del *acquis*, pero esta, a la vista de la recién aprobada Directiva de derechos de los consumidores, no se encuentra en la agenda política (y sigue sin estarlo en la actualidad, añadimos nosotros). Desde el punto de vista de los académicos alemanes, parece obvio que sería necesario un ámbito de aplicación claramente más amplio y comprensible que el planteado por el texto del PR, si bien resulta algo difícil a la vista de las limitaciones competenciales a las que están sometidas las instituciones europeas. En conjunto se constata, en opinión del profesor de Hamburgo, que el presente proyecto adolece de graves fallas, y con la promulgación de un texto tan deficitario se prestaría un flaco servicio a la causa del Derecho privado europeo.

Con esas palabras del presidente de la asociación, y con el compromiso de realización de un próximo congreso ordinario en este año 2013, se cerró esta productiva y muy intensa reunión, cuyos resultados científicos han sido ya publicados en el fascículo 4-5 del número 212 (2012) del *Archiv für die civilistische Praxis* (pp. 467-852), y una crónica de la reunión (a cargo de Stefan Perner) se encuentra en el fascículo 4/2012 de la *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (pp. 975-978), materiales que han sido de suma utilidad para la redacción de estas páginas.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS
Universidad de Valladolid

Pragmatic issues in legal translation: from different language versions of the DCFR to the CESL Proposal, Universidad de Torino, 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2012

En otoño 2012, la Universidad de Torino junto con el CDCT («Centre for Comparative and Transnational Law», www.cdct.it) organizaron un congreso internacional sobre los aspectos prácticos de la traducción jurídica, tomando como referencia el texto del Borrador del Marco Común de Referencia

(DCFR) y la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL Proposal).

El Congreso se inscribe en el marco del proyecto de investigación coordinado por el Profesor Michele Graziadei titulado «*The making of a new european legal culture. Prevalence of a single model, or cross-fertilization of national legal traditions.*» El título del proyecto muestra bien el dilema latente en la progresiva creación de un Derecho privado europeo común: a la hora de traducir a cada idioma nacional los textos europeos redactados en inglés, ¿prescindimos de las categorías jurídicas tradicionales de cada derecho nacional para crear una cultura y terminología jurídica común y unívoca o, por el contrario, mantenemos la terminología jurídica propia y tradicional de cada ordenamiento jurídico nacional? Esta es la cuestión fundamental que planeaba a lo largo de todas las ponencias.

El Congreso fue muy enriquecedor pues no sólo contó con la participación de juristas de distintos países de Europa, sino también de filólogos, filósofos y traductores. Los organizadores fueron valientes e innovadores al escoger, en consonancia con la temática del Congreso, ponentes jóvenes y brillantes que sin duda son los que pueden, en el futuro, fomentar y difundir una nueva cultura jurídica europea.

La primera sesión, moderada por el Profesor Gianmaria Ajani (Universidad de Torino), llevaba por título «*Vagueness in legal texts and equivalence in legal translation*» (Imprecisión en los textos jurídicos y equivalencia en la traducción jurídica). El profesor Nicholas Allot, (Universidad de Oslo, Noruega), sostuvo que la imprecisión es valiosa e incluso esencial en los textos normativos. Según el ponente es preferible que el texto establezca «una edad razonable» que «18 años», si bien admitió que los términos imprecisos pueden plantear problemas a los traductores nacionales. En esta misma línea se pronunció el profesor Jan Engberg (Universidad de Aarhus, Dinamarca): todo término en una norma legal tiene distintos significados y el jurista es quien debe a través de un proceso intelectual escoger el más adecuado. La traducción es un prerrequisito para crear un discurso común a través de las distintas lenguas nacionales. Por su parte la profesora Francesca Ervas (Universidad de Cagliari, Italia) definió la traducción como una negociación en la que el traductor, cual comerciante silencioso, decide qué palabra de una lengua intercambia con la de otra a través del principio de equivalencia semántica (mismo significado en ambas lenguas) y de la equivalencia pragmática (misma función en ambas lenguas). El profesor Jaap Baaij (Universidad de Amsterdam, Países Bajos) se preguntaba si las definiciones de términos jurídicos en las distintas lenguas de la UE se refieren a un mismo concepto legal común y su conclusión era optimista. Según él la armonización jurídica en Europa es posible y ponía como ejemplo la definición de contrato en el artículo 2 CESL que en todas las lenguas se entiende como un acuerdo destinado a crear obligaciones. Más pesimista se mostró la Prof. Bárbara Pozzo (Universidad de Insubria, Italia) que considera que la equivalencia en la traducción jurídica es un mito, una quimera porque hay valores inherentes a cada ordenamiento jurídico y un profundo ligamen entre derecho y cultura. Criticó que a menudo las Directivas comunitarias utilizan conceptos jurídicos sin definirlos. Para ella el multilingüismo es un valor pero el inglés puede ser una lengua neutral y descriptiva para construir un nuevo sistema jurídico común a través de una educación jurídica europea basada en la investigación del derecho comparado. Martina Bajcic (Univer-

sidad de Rijeka, Croacia) mostró los problemas existentes en la traducción a los distintos idiomas europeos de las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE.

La segunda sesión versó sobre la traducción jurídica como un ejercicio de derecho comparado y fue moderada por Maurizio Lupoi (Universidad de Génova). Para Gerhard Dannemann (Berlín), la traducción jurídica ha de ser neutral y no específica de cada sistema. Cristina Amato (Universidad de Brescia, Italia), mostró los problemas que tuvo para traducir al italiano el Libro VII del DCFR relativo al «Unjustified enrichment» pues, al ser éste una síntesis del modelo germánico/inglés y del francés/italiano, los términos jurídicos no tenían el mismo significado, como por ejemplo el concepto de restitución de lo indebido («*restitution*»-«*ripetizione dell'indebito*»). Anna Veneziano (Universidad de Teramo, Italia) explicó que al traducir el Libro IX DCFR sobre garantías reales en bienes muebles, al italiano se encontró con la dificultad de traducir los neologismos creados en el DCFR que no corresponden a ningún sistema jurídico específico. Carmen Jerez (Universidad Autónoma de Madrid) explicó que para la traducción al español del DCFR han tratado de ser fieles al significado de las palabras (así por ejemplo han traducido «*legal person*» por «*persona jurídica*» y no por «*persona legal*»), si bien, en algunas ocasiones, han preferido mantener la traducción literal en aras de una armonización del lenguaje jurídico europeo. Así, por ejemplo la expresión «*Usages and practices*» la han traducido por «*usos y prácticas*» y no por «*usos y costumbres*» que sería la expresión normalmente utilizada en los textos normativos españoles. En su opinión el único camino es crear, paso a paso, una nueva cultura jurídica europea. Michel Séjean (Universidad Paris II, Francia), considera que la traducción no ha de ser literal sino adaptada a cada sistema jurídico, porque el lector del texto final (*target text*) necesita sentirse cómodo con el lenguaje utilizado.

En la tercera sesión, moderada por Silvia Ferreri (Universidad de Torino) y centrada en el CESL, destacó la intervención de Manuela Guggeis (Directora de la Unidad de Calidad de la Legislación del Consejo de la Unión Europea) que explicó el trabajo de los traductores y de los abogados lingüistas del Consejo y del Parlamento Europeo.

El Congreso finalizó con la ponencia del insigne Prof. Rodolfo Sacco (Universidad de Torino) que en su ponencia «*Traduction juridique: traduction d'un texte intraduisible*» señaló que los conceptos jurídicos son universales si bien a veces resulta difícil encontrar la palabra que corresponde al concepto. Finalizó con un mensaje esperanzador de cara a la armonización europea, a través del sistema de la «traducción-adopción», esto es, adoptar en la lengua de destino algunos términos de la lengua de origen.

Chantal MOLL DE ALBA LACUVE
Universitat de Barcelona



BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO***

Libros

BARRIO GALLARDO, Aurelio: *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Dykinson, Madrid, 2012, 662 pp.

Se publica, con las adaptaciones necesarias, la tesis doctoral del autor. De su labor investigadora durante esta etapa de formación, BARRIO GALLARDO ya había ofrecido algún adelanto¹.

El título de la obra expresa su tema central: el problema de conciliar el reconocimiento de una amplia libertad de testar con la protección patrimonial a la familia del causante.

El tema de la libertad de testar y la conveniencia de un sistema de restricciones o limitaciones a la misma, aunque no exclusivamente jurídico, ha suscitado el interés de autores y prácticos del Derecho de un tiempo a esta parte. Como ocurriera durante la etapa codificadora, se expresa con frecuencia la necesidad de un reconocimiento más amplio de la libertad de disposición *mortis causa* pero, a diferencia de lo ocurrido entonces, quienes así lo hacen no cuentan con una oposición numerosa. Es un mérito de esta monografía acompañar la crítica al sistema legitimario actual del Código Civil con una propuesta de *lege ferenda*: sustituir tal sistema por otro que simplemente reconozca un derecho sucesorio de alimentos en favor de determinados familiares del causante.

La obra se divide en cuatro grandes capítulos acompañados de unas conclusiones finales, tan interesantes como aquéllos pues contienen varias proyecciones de la propuesta del autor. El capítulo IV es el más importante pues contiene el planteamiento de la idea central de la monografía. Desde la perspectiva expuesta, los capítulos previos presentan un interés complementario en relación con la propuesta del autor.

Del capítulo I, al margen del interés que pueda tener el estado de la doctrina sobre la libertad de disposición y sus limitaciones en el Derecho romano, en especial, en su época clásica, destaca el epígrafe que el autor

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

¹ Vid., *La evolución de la libertad de testar en el Common Law inglés*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011; «Atemperar la rigidez legitimaria», *Aranzadi Civil. Revista de Actualización*, núm. 21, marzo, 2008, pp.15-42; «Estudio histórico-comparado de la libertad de testar en Inglaterra y Aragón», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 17, 2011, pp. 45-92.

dedica a estudiar los motivos de la aparición de ciertas restricciones a la libre disposición patrimonial del *pater familias*, primero a través de disposiciones generales como la *Lex Cincicia*, la *Lex Furia*, o la *Lex Falcidia*; más tarde, y coincidiendo en su vigencia con alguna de las anteriores, con el recurso de la *querella inofficiosi testamenti*. Comúnmente, se considera que la aparición de estas limitaciones a finales del período republicano trae causa del abuso que se produjo en el ejercicio de esa libertad de testar de la que gozó el *pater familias* desde el siglo III a.C. La decadencia en la observancia de las *mores maiorum*, así como un proceso de patrimonialización de la herencia, habrían determinado un aumento creciente de liberalidades caprichosas y perjudiciales para la familia, así como de desheredaciones injustificadas, frente a las que se reaccionaría, primero, con aquellas disposiciones generales, después, con el expediente de la *querella inofficiosi testamenti*. Junto a estas explicaciones tópicas, el autor intenta alguna otra original. En este sentido, considera que una posible causa de esas restricciones podría verse en la creciente desconfianza hacia el individuo que se habría producido en la época.

En el capítulo II se exponen los antecedentes de la libertad de disposición y sus limitaciones, esta vez, en la tradición del *Common Law*. El autor cuestiona que la libertad de testar sea un elemento sustancial de esta tradición jurídica pues hasta la eliminación, en el año 1833, de la *dower*, especie de derecho de viudedad que recaía sobre los inmuebles del causante, no se habría conocido jamás una libertad de testar omnímoda. BARRIO GALLARDO anuda la desaparición de la *dower* a dos hechos no jurídicos, a saber, la vigencia social de ideas filosóficas liberales e individualistas, y el incremento de los negocios inmobiliarios, obstaculizados por esas previsiones legales en favor del cónyuge viudo y otros familiares. Sólo desde aquel año, los ingleses gozaron de una total libertad de disponer, habiéndose admitido, en coherencia con aquellos planteamientos ideológicos, que el testador realizase cualquier tipo de disposición sobre sus bienes, aun cuando resultase caprichosa, y hasta cruel con sus familiares. Esta situación, dice el autor, se tornó en 1938 cuando, habiendo tomado creciente preocupación las necesidades y responsabilidades del individuo, y siguiendo la experiencia de otros países del *Common Law*, se aprobó la *Inheritance Act*, que facultó a determinados familiares dependientes del causante para solicitar al tribunal una adecuada provisión con cargo a la herencia del fallecido. Con ello, la libertad de testar volvió a toparse con una nueva limitación, esta vez, de carácter flexible.

Esta experiencia histórica es sumamente interesante en el contexto de la obra pues la propuesta del autor no deja de arrojar similitudes con el sistema de la *family provision*, que se configura como una atribución sucesoria contingente, que depende de la apreciación judicial en cada caso, y que no consiste en una cuota fija, sino en una cuota variable en atención a las circunstancias de la familia del difunto.

Tras un estudio detenido de estas dos experiencias jurídicas diversas, la romana y la del *Common Law*, unidas por el elemento común de que las limitaciones a la libertad de disponer aparecieron para proteger a la familia del causante y evitar su indigencia, el capítulo III aparece dedicado a la prodigalidad en el Derecho español. Aunque referidas a ámbitos distintos y a actos diversos, BARRIO GALLARDO relaciona prodigalidad y legítima, coincidentes ambas en ser figuras que limitan la libertad dispositiva.

El autor estrecha tanto la relación entre prodigalidad y legítima que, así como la existencia de la segunda exige la de la primera, parece conveniente que la regulación de ambas instituciones se ordene conforme a la protección

de un mismo interés. Por medio de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, se reformó la regulación de la prodigalidad en el Código Civil. Con esta reforma se produjo un cambio en el interés jurídico protegido por esta institución. Hasta esa fecha, el Tribunal Supremo había declarado que la prodigalidad aspiraba a la protección de los eventuales derechos hereditarios que los legitimarios pudieran tener en el patrimonio del declarado pródigo. Con la modificación del año 1983, aunque el interés protegido siga teniendo un carácter exclusivamente privado y familiar, ya no se trata de defender determinadas expectativas sucesorias de familiares próximos, sino de garantizar el cumplimiento de la obligación de darles alimentos. Con acierto, el autor insinúa varias veces que en la anterior regulación de la prodigalidad subyacía la idea de la necesaria protección del patrimonio familiar. Si éste se había transmitido de generación en generación, como si de un fideicomiso tácito se tratase, no parecía adecuado que los descendientes de un pródigo se viesen privados del mismo por la conducta pródiga de su ascendiente. Con la modificación de 1983, probablemente asumida la desaparición de estos patrimonios familiares, propios de una economía rural pero no urbana, como la actual, se vendría a conciliar mejor la protección de la familia y la libertad de disponer.

Todo lo anterior nos introduce en el capítulo central de la obra que, tras el recordatorio de los debates entre partidarios de la libertad de testar y los defensores de la legítima durante la etapa codificadora, contiene una crítica al sistema legitimario actual del Código Civil. Junto a las consideraciones recogidas en el párrafo anterior, BARRIO GALLARDO añade dos argumentos que le parecen determinantes para justificar una reforma del sistema legitimario, el del incremento de la esperanza de vida y el cambio en el origen de la mayoría de patrimonios, que no es otro que el trabajo individual.

Ante un panorama en el que no cabe otra propuesta que la de prescindir de la legítima, el autor, sumándose a una corriente mayoritaria en la doctrina, considera que nada afectan a tal propuesta las previsiones constitucionales de protección a la familia y a la herencia (artículos 33.1 y 39 CE). Si bien en el marco constitucional es admisible el reconocimiento de una libertad de testar absoluta, existe un mínimo indisponible que impone la Constitución, el del débito alimentario.

Con ello se alcanza la propuesta central del autor: sustituir la cuota legitimaria actual por «una prestación de carácter alimentario, mortis causa, con cargo al caudal relicto por el causante, del que habría de ser responsable, en primer término, el instituido heredero (...), de ser –claro está– persona distinta del alimentista» (p. 550). En este punto se ponen de manifiesto las similitudes con el sistema de la *family provision* del *Common Law*. Como el propio autor se encarga de recordar, no faltan precedentes recientes en el Código Civil de un derecho sucesorio de alimentos. Así ocurría con el 845 del Código Civil antes de verse afectado por la reforma que introdujo la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que reconocía a los hijos ilegítimos no naturales un derecho de alimentos a cargo de su progenitor y sus derechohabientes.

Carlos DÍAZ TELJEIRO
Becario FPU del Ministerio de Educación
Universidad de Coruña

BERNAD SEGARRA, Lucía: *La pluralidad hipotecaria. Excepciones al principio de prioridad temporal en Derecho Romano y en el Derecho Civil español*, Dykinson, Madrid, 2011, 140 pp.

El presente volumen constituye una adecuada aproximación y puesta al día de los antecedentes históricos de las normas referentes a ciertos privilegios crediticios que aún hoy subsisten en nuestro Derecho hipotecario. Como puede observarse del propio título, se trata de un trabajo básicamente romanístico, pero no de un Derecho romano de corte anticuario (sin perjuicio del interés intrínseco que este pueda tener), sino uno presidido por la idea de la continuidad histórica de las formas jurídicas, capaz de nutrir y dar sentido a las instituciones jurídico-civiles modernas a partir de la Historia; una línea de trabajo en la que destaca, entre nosotros, la obra del profesor Antonio Fernández de Buján y su escuela. La autora de este libro se inscribe en esta tendencia, por lo que el libro que nos ocupa conforma una monografía más de índole histórico-dogmática que de la tradicional romanística histórico-crítica. Ello se evidencia tanto por el tema elegido como, sobre todo, por la disposición de los materiales y el tratamiento de las fuentes, donde la discusión filológica de los textos es muy escasa y se sostiene un punto de vista metodológico fundado en la confianza en la genuinidad de los fragmentos transmitidos por el *Corpus iuris civilis* y, por tanto, la sustancial clasicidad del Derecho contenido en el Digesto justiniano. No cabe esperar, por tanto, en esta obra grandes descubrimientos ni revelaciones sorprendentes en torno a la reconstrucción histórica de algunos extremos interesantes del Derecho hipotecario romano, sino más bien una puesta en limpio de los hallazgos de la romanística moderna a este respecto y su conexión con algunas normas aún contenidas en nuestro Derecho positivo. Para un tratamiento más exhaustivo de los textos romanos sobre la pluralidad hipotecaria habría que irse, pues, a los clásicos estudios de Ferdinand Regelsberger (*Zur Lehre von Altersvorzug der Pfandrechte*, Erlangen, 1858), Heinrich Dernburg (*Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, II, Leipzig, 1860-64) o, en la doctrina española, el magnífico trabajo de Juan Miquel («El rango hipotecario en Derecho romano», *AHDE* 29, 1959, pp. 229-316).

De conformidad con estos planteamientos, la obra se divide en dos partes, de desigual extensión e intensidad. La primera (pp. 21-94) referida al análisis de la aparición de la regla *prior tempore, potior iure* en el Derecho hipotecario romano antiguo (si bien esta regla solo sería acuñada como tal, sobre la base de los textos romanos, en la Edad Media, como se ve en el *Liber pauperum* del maestro Vacario y en el *Liber Sextus* 5, 12, 54, de Bonifacio VIII) y las excepciones que a la primacía de ese principio se fueron introduciendo progresivamente en época romana hasta llegar a Justiniano. La segunda parte (pp. 95-119), en cambio, se dedica brevemente al estudio de las continuidades de esas excepciones en el Derecho civil común español.

La primera de estas dos partes se abre con un *excursus*, quizá un tanto innecesariamente largo para los propósitos de la obra, en torno a la aparición de la hipoteca en Roma y el origen del término «*hypotheca*» en el lenguaje de los juristas romanos (lo que en última instancia implica la consideración del hipotético origen griego de la figura y la genuinidad o no de títulos de obras como el *de formula hypothecaria* de Gayo o el *ad formulam hypothecariam* de Marciano). Su interpretación no se aleja mucho de la postura estándar al respecto, que sostiene los antecedentes griegos de la figura, con fuertes adaptaciones romanas (*pignus conventum*), y la clasicidad de la terminología

recogida en las obras mencionadas (cf., por todos, A. Fernández de Buján, *Derecho privado romano*, 5.ª ed., Madrid, 2012, p. 516). A continuación, la A. aborda lo que ha de ser el objeto central del trabajo, cual es el de la concurrencia de varios créditos garantizados por hipotecas sobre el mismo objeto, y los problemas que ello suscitaba desde un punto de vista práctico a la hora de proceder a su ordenada satisfacción. En el Derecho romano, igual que en el Derecho civil moderno, regía el principio de prioridad temporal (*prior tempore, potior iure*). Resulta decisivo, a estos efectos, determinar cuándo se produce la fijación del rango hipotecario, si en el momento de constitución de la hipoteca o en el de nacimiento efectivo del derecho, y, tras el análisis de los textos fundamentales (Marc. D. 20, 4, 12 pr.; Afr. D. *eod.* 9 pr.; Pap. D. 20, 4, 1 pr.; Paul. D. 20, 3, 4; Gai. D. 20, 4, 11 pr.), llega a la conclusión de que el momento determinante para señalar el lugar de cada acreedor hipotecario era el de la sujeción de los bienes al cumplimiento de la obligación, es decir, el momento de constitución de la hipoteca.

Una vez sentado este principio, la autora se detiene a estudiar los numerosos casos en que los textos romanos recogen excepciones a la aplicación del mismo, es decir, casos de privilegios hipotecarios. Ahí se distinguen fundamentalmente dos series temporales: los aparecidos en época clásica y los propios de la época postclásica. Entre los primeros destaca particularmente el caso del *fiscus*: este, como sujeto de Derecho privado que podía ser, podía constituir hipotecas en su favor no disímiles de las constituidas por cualquier sujeto privado (Scaev. D. 20, 4, 21 pr.); sin embargo, a partir de dos constituciones del emperador Caracalla de los años 213 y 215 (C. 8, 14 [15], 1 y 2), apareció una hipoteca legal a favor del fisco para el cobro de los impuestos impagados que, además, se anteponía a las hipotecas privadas, extendiéndose además el privilegio a las hipotecas constituidas por él contractualmente (C. 4, 46, 1). Otros casos de privilegio hipotecario de época clásica analizados por la autora son los del acreedor de dinero prestado al deudor para la rehabilitación o mejora de la cosa gravada (*versio in rem*), en virtud del principio de prohibición del enriquecimiento injusto (Pomp. D. 50, 17, 206) y conforme a lo establecido en un edicto del emperador Marco Aurelio (Ulp. D. 12, 1, 25; D. 42, 3, 1; D. 42, 5, 24, 1; Pap. D. 20, 2, 1) o el de quien ha pagado el precio de la cosa objeto de la hipoteca (inclinándose aquí la autora más bien por un origen epiclásico, en una constitución del emperador Diocleciano del año 293, C. 8, 8 [17], 7, frente a quienes ven un origen clásico sobre la base de Ulp.-Marc. D. 20, 4, 7, 1). En cuanto a los privilegios aparecidos en la época postclásica, la autora señala fundamentalmente dos: el del acreedor garantizado con hipoteca constituida en documento público (Leo C. 8, 17 [18], 11, a. 472) y el de la mujer para obtener la restitución de la dote, un privilegio que ya había empezado a intuirse entre los juristas clásicos (Paul. D. 42, 5, 18; Ulp. *eod.* 17, 1), pero que irá ganando cada vez mayor peso, hasta su definitiva consagración por Justiniano (*legislador uxorius* por excelencia), que concedió a la mujer un derecho real para reclamar la restitución de la *res uxoria*, una hipoteca tácita y además privilegiada frente a todos, con excepción del fisco (Iust. C. 5, 13, 1; 5, 12, 30; 8, 17 [18], 12; Nov. 96, 2). Se trata del origen de la hipoteca dotal, una institución de largo recorrido histórico, aun en nuestro Derecho positivo (cf. arts. 169 y ss. LH).

Por fin, para concluir esta primera parte, la autora aborda el tema fundamental de ver cuál es la solución en caso de que concurrieran varios acreedores privilegiados con hipotecas sobre el mismo objeto. En caso de privilegios iguales, se imponía lógicamente de nuevo la regla de la prioridad temporal.

Pero en caso de pluralidad de acreedores con el mismo crédito privilegiado o en el supuesto de hipotecas con distintos tipos de privilegio, la cuestión se vuelve más ardua. En la primera hipótesis, parece que se debía pagar en el orden de la cuantía del crédito (Pap. D. 20, 4, 3, 1). En cambio, en la segunda, los juristas romanos (léase justinianeos) hubieron de establecer una serie de reglas, con una clara preferencia por la hipoteca del fisco por créditos de carácter público, algo que ya venía siendo anunciado en la época clásica (Paul. D. 42, 5, 38, 1; Ulp. D. 49, 14, 28, Ant. C. 7, 73, 2), y confirmado en la postclásica (P.S. 5, 12, 10), lo que la autora considera razonable en atención al bien público buscado con el pago de los tributos. Estudia asimismo el problema de la concurrencia entre el privilegio de la hipoteca dotal y el de la *versio in rem*, y muestra cómo Justiniano se inclina, en general, *ut solet*, por el privilegio de la mujer (Nov. 96, 3-4, a. 539). Hubiera sido deseable que, al final de este apartado, la autora hubiera incluido un resumen de las distintas posibilidades y el orden de pago en el supuesto de concurrencia de todos los casos posibles de hipotecas privilegiadas sobre el mismo objeto y deudor.

La segunda parte del volumen, como hemos indicado, se dedica a hacer un repaso de la regulación de la pluralidad hipotecaria en la historia del Derecho español, desde las *Partidas* hasta la Ley Hipotecaria y el Código civil. Se trata de un resumen muy apretado, en apenas veinte páginas, en que se pasa revista a los principales hitos normativos en torno a esta problemática, sobre la base de la idea de la continuidad de la regulación romana en sus rasgos esenciales, pero con una progresiva desaparición de los supuestos de hipotecas tácitas y privilegiadas, en paralelo a la introducción de un sistema moderno de publicidad registral, a fin de favorecer la circulación del crédito territorial y el desarrollo económico capitalista (véase a este respecto el excelente estudio de M. Serna Vallejo, *La publicidad inmobiliaria en el Derecho hipotecario histórico español*, Madrid, 1996). No encontrará ahí el lector civilista medianamente avezado en cuestiones referidas a la historia del Derecho patrio grandes aportaciones a este respecto que vayan más allá de lo que figura en los manuales tradicionales al uso, ni tampoco un análisis sociohistórico del funcionamiento de los privilegios hipotecarios a lo largo del tiempo, pero sí hallará una acertada síntesis y puesta al día de la cuestión, destacando la supervivencia de muchas de las reglas romanas estudiadas en la primera parte (en particular en el ámbito de las hipotecas legales de los arts. 168 y ss. LH). Lo más interesante de este apartado se ubica en la referencia a los únicos casos de hipoteca tácita privilegiada que se mantienen en el ordenamiento jurídico español, como son los de la hipoteca legal a favor del Estado por el impago de impuestos (art. 194 LH) y la hipoteca legal a favor de los aseguradores (art. 168-7.º LH). La primera –que se conserva incluso en el actual marco normativo tributario (art. 77 LGT)– no es otra cosa que la heredera histórica de la vieja hipoteca tácita a favor del Fisco, introducida, como hemos visto, por las constituciones de Antonino Caracalla y mantenida con pétreo constancia a lo largo de los siglos; las razones de su conservación, a juicio de la autora, no son otras que las que motivaron su existencia, esto es, las demandas del interés general, que exigen que se garantice el cobro de los tributos necesarios para la consecución de los fines públicos. La segunda, en cambio, no obedece a una razón tan clara, en opinión de la autora, puesto que en la actualidad el cobro de las primas de seguros cuenta con las suficientes garantías en la normativa general que no se hace imprescindible una ruptura así del principio de publicidad registral de la hipoteca y podría prescindirse, por tanto, del carácter privilegiado prescrito en el artículo 196 LH. Sin

embargo, aquí la autora parece confundir el carácter privilegiado del crédito del asegurador en tanto no se constituya la hipoteca legal a su favor (*ex art. 196 LH*) y la propia hipoteca legal constituida de conformidad con lo establecido en el artículo 195 LH una vez devengadas e impagadas las dos primas anuales; es decir, que lo que está privilegiado es el crédito, y no la hipoteca que lo garantiza, hasta la constitución de esta (cf. E. Serrano Gómez, en A. Domínguez Luelmo [ed.], *Comentarios a la LH*, Valladolid: Lex Nova, 2013, p. 1020).

La obra se cierra con unas breves y claras conclusiones, un índice de fuentes mencionadas en el texto y un elenco bibliográfico.

En suma, podemos decir que se trata de una obra de síntesis bien articulada, correctamente escrita, de agradable lectura y ampliamente informativa (pero sin cargar el texto con una erudición excesiva que lo haría tal vez demasiado gravoso para el lector no romanista). Por todo ello, considero que es un libro que cumple muy adecuadamente las funciones que se propone desde un principio, es decir, aclarar algunos aspectos de la hipoteca desde una visión histórica que permita, por un lado, dar cuenta cabal de la dependencia de la historia de muchas de nuestras instituciones jurídicas y, por el otro, ayudar a una mejor comprensión de la estructura subyacente de nuestro ordenamiento, lo que en muchas ocasiones le pasa del todo inadvertido al jurista de orientación positivista.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS
Catedrático de Derecho romano
Universidad de Valladolid

PEÑA ROMERO, Karen: *El pacto de exclusiva*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, 304 pp.

La doctora Karen Peña Romero ha realizado una obra sobre «El pacto en exclusiva» en la que demuestra un completo conocimiento del derecho de obligaciones y de la competencia en el ordenamiento español, lo que no deja de ser un mérito, teniendo en cuenta la procedencia de la autora, de nacionalidad y formación académica peruana, y el objeto de su estancia temporal en España, la culminación de sus estudios de doctorado gracias a una beca de la Fundación Carolina.

El libro, muy bien escrito y de lectura fácil, tiene por objeto el pacto en exclusiva, en general, sin circunscribirse a alguna modalidad concreta de este pacto o a algún sector específico de la contratación. A pesar del esfuerzo notable de la autora en el Capítulo I (Delimitación del pacto de exclusiva) de dotar a este pacto de unos caracteres comunes, lo cierto es que, como señala la propia autora, el pacto de exclusiva se presenta en la práctica contractual de muy distintas formas y en negocios de tipo muy diverso (compra en exclusiva, venta en exclusiva, concesión mercantil, franquicia, agencia, corretaje, mediación, cesión de derechos de autor...), en cada uno de los cuales, el pacto tiene unos perfiles propios. La amplitud del objeto de la obra hace que la misma tenga una naturaleza eminentemente descriptiva. No se cuestionan las interpretaciones jurisprudenciales asumidas comúnmente como válidas, ni se proponen alternativas innovadoras en cada uno de los ámbitos que se tratan: limitaciones al pacto de exclusiva (Capítulo II) e incumplimiento del pacto (Capítulo III).

Precisamente, la obra es más incisiva en sus conclusiones en aquellas partes que más se centran en un tipo de negocio concreto; particularmente acertadas en lo que respecta al contrato de agencia inmobiliaria con pacto de exclusiva (Capítulo III.V, pp. 240 a 251). Sin embargo, la obra se hace más dispersa cuando se generaliza el objeto de análisis. Así, la autora parte de una descripción muy general del derecho de obligaciones español para llegar a alguna conclusión específica sobre el incumplimiento del pacto de exclusiva, en cuanto a la mora, novación, indemnización, resolución... Ello no es necesariamente negativo, puesto que permite, sobre todo al lector poco familiarizado con el derecho privado español, situar las distintas vicisitudes del pacto de exclusiva en un contexto normativo, pero quizás el jurista español encuentre un exceso de explicaciones sobre conceptos básicos de nuestro derecho de contratos. Por momentos, la obra parece más que una monografía, un tratado de contratos, eso sí, y es de agradecer, siempre muy bien escrito. Otro tanto cabe decir del apartado dedicado a los límites al pacto de exclusiva por el derecho de la competencia (Capítulo II.3).

La parte más notable de la obra es en mi opinión el Capítulo II, sobre las limitaciones al pacto de exclusiva:

— En cuanto a los límites temporales (Capítulo II.1), la autora se refiere al límite de 5 años impuesto por el Reglamento CE 330/2010, de 10 de abril, para determinadas categorías de acuerdos verticales, respecto a lo que se echa en falta quizás una delimitación algo más precisa del ámbito de aplicación de dicho Reglamento, dada la trascendencia de esta limitación. Son objeto de análisis también los pactos de exclusiva de duración indeterminada que, de acuerdo con la jurisprudencia española, son válidos, si bien ambas partes tendrán una facultad de desistimiento *ad nutum* (STS 1.2.2001), que habrá de ejercitarse de acuerdo con la buena fe. En este sentido, la autora se centra en las condiciones de ejercicio de la facultad de desistimiento unilateral, en las limitaciones a dicha facultad, en el necesario preaviso a la contraparte con una antelación razonable, en la posible indemnización de daños y perjuicios cuando el desistimiento sea contrario a la buena fe o sin preaviso o en la acción de enriquecimiento sin causa cuando haya un aprovechamiento de la clientela generada por el cesionario por parte del cedente que desiste. Por último, la autora introduce un interesante análisis económico en cuanto al plazo de duración óptima de la exclusiva, fundado en la idea de eficiencia «*como instrumento corrector de los conflictos de incentivos en el contrato, frente a la amenaza de la terminación materializada en la cláusula (de desistimiento) ad nutum*» (pp. 140 y ss), vinculando esta duración óptima al plazo necesario para recuperar las inversiones específicas realizadas por el cesionario de la exclusiva (*theory recoupment*).

— A los límites espaciales del pacto se refiere el apartado 2.º del Capítulo II. La autora analiza principalmente la posible ilicitud al amparo del Reglamento CE 330/2010 del pacto exclusividad territorial absoluta, es decir «*aquella por la que las partes del contrato se proponen eliminar, en relación con los productos y territorios afectados toda competencia por parte de terceros como importadores paralelos u otros beneficiarios exclusivistas de otros territorios*» (pp. 145 a 150). Interesante resulta también el planteamiento de la autora respecto de la cláusula que permita al cedente de la exclusiva modificar unilateralmente durante la vigencia del contrato el ámbito territorial inicialmente pactado. Esta cláusula deberá estar amparada en un motivo válido o justa causa y no depender del puro arbitrio del cedente (art. 1256 y 1273 CC), lo que me parece una utilización ejemplar de las normas genera-

les del derecho contratos para impedir abusos contractuales entre empresarios, sobre todo en los casos en los que exista un claro desequilibrio en el poder de negociación de ambas partes.

— Por último, se tratan los límites al pacto de exclusiva por razones de orden público o defensa de la competencia, en el apartado 3.º del Capítulo III. La autora se centra en el análisis de las prohibiciones derivadas del derecho comunitario de la competencia: prácticas concertadas entre empresas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear las fuerzas del mercado (art. 101 Tratado Fundacional Unión Europea) y explotación abusiva de una posición de dominio (art. 102 TFUE). De acuerdo con la Jurisprudencia del TJUE, la autora rechaza una interpretación formalista de las prohibiciones del derecho de la competencia que se apoye únicamente en contenido de los acuerdos sin examinar las posibles consecuencias económicas eficientes de dichos acuerdos restrictivos en el mercado. Por eso la autora, entiende que en la valoración de la posible ilicitud de los pactos de exclusiva *ex artículo 101 TFUE* debe primar un análisis económico de los efectos del pacto sobre el mercado, puesto que el pacto puede tener un impacto positivo al presentarse como un medio adecuado para lograr eficiencias, *«motivando la iniciativa de los empresarios, la innovación y el progreso técnico al otorgar seguridad a las inversiones, generar reducción de costes, ayudar a la planificación de la producción y a la organización de la distribución de bienes y servicios»*. En función de ello, considera que los posibles efectos procompetitivos del pacto de exclusiva, de acuerdo con el artículo 101.3 TFUE, deben valorarse siguiendo cuatro pautas objetivas: mejoras de la eficiencia, indispensabilidad de las restricciones, beneficio para los consumidores y la no eliminación total de la competencia. Partiendo de estas premisas, la autora concluye que los pactos de exclusiva contenidos en las relaciones verticales deben presumirse procompetitivos pues ahorran costes y optimizan recursos, lo que se traduce en menores precios y mejor calidad de los productos en beneficio de los consumidores, además de favorecer las inversiones y las innovaciones, puesto que evitan el parasitismo (*free riding*) de quien sin aportar nada pretende aprovecharse de un trabajo de captación de clientela y el problema de la cautividad del comercializador, ya que la exclusividad le blindó frente a las exigencias de la contraparte para conseguir mejores condiciones en los abastecimientos sucesivos, so pena de perder las inversiones específicas realizadas.

En definitiva, se trata de un libro muy bien escrito y sistematizado, con un objeto de análisis quizás excesivamente amplio y una naturaleza eminentemente descriptiva, en el que sin embargo se apuntan algunas ideas novedosas desde el punto de vista del análisis económico del derecho, en relación a la licitud del pacto de exclusiva. No obstante, es de reconocer el indudable mérito de la autora, que en vez de limitarse a hacer en su estancia en España un trabajo de derecho comparado, que sin lugar a dudas, le hubiese resultado más cómodo, ha tenido la ambición de realizar un análisis de derecho positivo español, que ha nos dejado como regalo de su estancia y como augurio de una brillante carrera académica que seguro que se desarrollará entre los dos continentes.

Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Granada

TORRES GARCÍA, Teodora F. (coord.): *Tratado de legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012, 515 pp.

La legítima constituye uno de los pilares del derecho de sucesiones en cada ordenamiento, junto con la sucesión testada y la intestada. En el caso español, además, la legítima ha configurado la identidad de los distintos derechos vigentes en el Estado y ha sido, en ocasiones, baluarte de su subsistencia y fundamento de su posterior desarrollo, en los distintos avatares históricos por los que han transitado. A esta institución se dedica una obra colectiva monográfica, en forma de tratado, escrita por trece profesores de universidad, de los que es coordinadora la profesora Teodora F. Torres García. Se trata de una obra redactada por especialistas, con publicaciones previas sobre la materia, que ponen a disposición del operador jurídico su conocimiento acumulado en derecho de sucesiones, con una exposición sistemática, precisa, rigurosa y de gran utilidad.

El *Tratado de Legítimas* aparece en un contexto de proliferación de obras colectivas en forma de tratados jurídicos en el panorama civilista español. Estos tratados deben recibirse positivamente, pues dan razón del progreso de la cultura jurídica en las últimas décadas. Se proponen exponer con profundidad el estado de la cuestión sobre una determinada materia, y son consecuencia de los avances producidos en este sector del conocimiento, del trabajo sostenido —en el caso que nos ocupa— de grupos de investigación universitarios dedicados a un ámbito singular del derecho. Ello se refleja con mucha claridad en el *Tratado de Legítimas* y el lector puede valorar por sí mismo el distinto cariz de este tipo de obras en función de la profesión concreta de los juristas que los han redactado. Como tratado, la exposición no es especulativa, sino que tiene vocación de dar soluciones a los problemas que se pueden plantear en la realidad de la aplicación del derecho, así como compendiar la jurisprudencia y la opinión existente sobre todos los ámbitos de una determinada materia.

La obra recensionada acomete el estudio de todas las legítimas de los derechos civiles españoles, con la excepción del caso navarro, por razones que se explican en el prólogo que precede a los distintos capítulos. Los derechos se presentan en pie de igualdad, con una exposición completa y sistemática, sin que la obra caiga en el tópico de la distinción entre la legítima en derecho común y las especialidades de los derechos forales, como podría haber sucedido décadas atrás. El *Tratado* se propone desarrollar la materia de las legítimas en toda su extensión, y las caracteriza con propiedad y acertadamente en cada ordenamiento jurídico. En el estilo conjunto de la obra se aprecia el valioso trabajo de coordinación —que es las más de las veces ingrato para el coordinador pero muy provechoso para el lector— puesto que el *Tratado* no es una suma de contribuciones aisladas. Con todo, algunas observaciones sobre estructura y contenido pueden hacerse, puesto que ni el sumario de cada capítulo ni su extensión comparada guardan una interrelación perceptible para el lector.

El volumen se inicia con la exposición sobre la legítima en el Código civil, en dos capítulos, a cargo de los profesores Teodora F. Torres García y Andrés Domínguez Luelmo. Como en la mayoría de los de la obra, se trata de un capítulo a cargo de más de un autor, y se echa en falta la mención de si es una redacción a cuatro manos o qué apartado corresponde a cada cual. Esta parte ocupa casi un tercio del total del libro, y le sigue una exposición sobre legítimas y derecho interregional, a cargo del profesor

Santiago Álvarez González, que precede a la de los distintos derechos civiles autonómicos. El capítulo correspondiente al derecho de Galicia es a cargo de las profesoras María Paz García Rubio, Antonia Nieto Alonso y Margarita Herrero Oviedo, el de las Islas Baleares lo escriben los profesores Carmen Vila Ribas, María Pilar Ferrer Vanrell y Pedro A. Munar Bernat, el de Aragón los profesores M.^a Ángeles Parra Lucán y Aurelio Barrio Gallardo, mientras que los del País Vasco y Cataluña, que cierran la obra, son a cargo de los profesores Gorka Galicia Aizpurua y Antoni Vaquer Aloy, respectivamente. El orden expositivo es el mencionado, sin una explicación cabal de su por qué, a pesar de que tampoco parece importante. Sin embargo, la extensión de cada capítulo es desigual. Así, las apenas cuarenta y cinco páginas dedicadas a la legítima catalana, que son acordes con la extensión de las exposiciones sobre las legítimas aragonesa y vasca, contrastan, no ya con las más de ciento treinta páginas sobre la legítima del Código civil, sino con las cerca de setenta y de noventa, respectivamente, dedicadas a las legítimas balear y gallega.

Sin embargo, esta remarcable diferencia en la extensión de los distintos capítulos, que podría achacarse a una cierta indisciplina de los autores frente a la coordinadora, se justifica claramente por la realidad distinta de cada ordenamiento. En efecto, uno de los aciertos de esta obra es poner de relieve la singularidad de cada uno de los derechos civiles, estatal y autonómicos, aquello que les caracteriza, y las exigencias que plantean para una exposición de conjunto homogénea. En cada capítulo se manifiestan los aspectos idiosincráticos y las problemáticas específicas de las diversas legítimas, lo que debe ser de especial atención para el operador jurídico. Quizá se comprende que para la legítima catalana baste una menor extensión, debido a la mayor decantación de los estudios sobre esta institución en Cataluña, por la existencia de una fecunda tradición expositiva que ha conformado un bagaje doctrinal sólido que permite una mayor y más segura síntesis, junto con una normativa reciente que ha clarificado y simplificado el derecho vigente. Por contra, es exigible quizá una extensión mayor para normativas como la gallega, cuya última reforma ha supuesto cambios muy considerables en el paradigma legal sobre la legítima. Lo que en parte quizá también podría predicarse del caso aragonés. En otros casos, como el balear, es precisamente la ausencia de desarrollo legal durante las últimas décadas, comparativamente, con una normativa faltada de respuestas a las transformaciones sociales, lo que exigiría una extensión mayor y un distinto tono expositivo. A la diferente extensión entre los capítulos se suma la de su estructura. No existe un único patrón expositivo del modo como se estila en las obras de derecho comparado, en que los capítulos responden a un cuestionario preestablecido común, en ocasiones inadecuado. En el *Tratado* cada autor ha desarrollado su propio derecho conforme a las pautas de exposición correspondientes, que en lo esencial responden a la pauta normativa. La exposición es institucionalmente completa para cada legítima, salvo las remisiones al CC allí donde rige supletoriamente, y no existe una exposición común sobre las materias que apenas tienen distinción. Tampoco hay una parte general que dé razón de las normativas particulares a modo de síntesis o visión de conjunto. Ello revierte en aras de la completud de cada capítulo, que permite al operador jurídico su consulta independiente, pero con la perspectiva de una lectura completa de la obra puede dar lugar a alguna reiteración, por ejemplo, en materia de intangibilidad, pre-

terición o desheredación, materias coincidentes en algunos casos, a pesar de la indudable actualidad e importancia de la última de ellas.

El *Tratado* no es una obra de derecho comparado, no confronta modelos distintos en cada sede normativa. La comparación la debe llevar a cabo el lector una vez ha visitado los distintos capítulos. Ahora bien, es indudable que al constituir una obra de conjunto sobre la legítima en los derechos civiles españoles sí que para el lector atento supone una extraordinaria base para la comparación de modelos sobre legítimas, por mucho que esta comparación no se encuentre en un capítulo final o conclusivo de la obra, en la que seguramente no sería pertinente. A pesar de la diversidad, a lo largo del *Tratado* se manifiesta la existencia de una cultura jurídica común secular con los países de nuestro entorno, confrontada ahora especialmente con la de raíz anglosajona y la que se expresa en lengua inglesa. Se percibe con claridad la comunicación existente entre los distintos ordenamientos y la mutua influencia ejercida por los modelos de los derechos civiles españoles. Es un tópico que en estos derechos se manifiesta una gran diversidad de opciones normativas sobre el instituto de la legítima, a modo de compendio de lo que puede hallarse en los ordenamientos extranjeros. Desde la cuantía de la legítima, partiendo de una legítima formal hasta una de cuatro quintos de la herencia, pasando por los dos tercios, la mitad, un tercio o una cuarta parte, a la distinción entre legítimas colectivas e individuales, junto con modelos mixtos como el del CC, o la configuración como derecho de crédito o porción de la herencia, a pagar en bienes o en dinero, son formulaciones distintas del derecho a legítima como institución sucesoria que se encuentran en los ordenamientos civiles españoles.

Las tres cuestiones anteriores constituyen, a mi modo de ver, los rasgos esenciales del modelo legitimario. Hay muchísimas características en cada regulación que contribuyen a conformar el sistema legitimario, pero cada ordenamiento debe elegir entre la cuantía de la legítima, su carácter colectivo o individual y su naturaleza de derecho de crédito o de parte de la herencia. No seré yo quien ponga en duda la bondad de una legítima de cuantía reducida, que sea un derecho de crédito sobre un valor, y que corresponda individualmente a cada descendiente y, a falta de éstos, también a los progenitores, tal como la configura el derecho catalán. En estas elecciones básicas se incardina el futuro sobre la institución de la legítima, sobre la que se ha iniciado un debate tan interesante como arriesgado. La cuestión no es tanto la de legítima sí o de legítima no, sino qué tipo de legítima se quiere. Este debate apenas está planteado en el *Tratado* —con algunas excepciones en sentido contrapuesto— seguramente por exceder del objetivo y del tono de la obra, ya muy voluminosa de por sí. Pero sin duda es un tema que irá a más, tanto en lo relativo a la reforma de la legítima, tendente a su moderación, como las voces que, proclamando una libertad necesaria, que comportaría la supresión de la legítima, quitan valor a la solidaridad entre generaciones, a la contribución colectiva a la riqueza familiar acumulada, y al hecho indudable que la gran mayoría de las personas no llegamos solos a este mundo al nacer ni nos vamos solos de él con la muerte. En mi opinión, el derecho a la legítima entre descendientes y ascendientes continúa teniendo fundamento, y no es exacto deducir de la diversidad española la ausencia de base constitucional sobre la misma, puesto que en cada ordenamiento debe considerarse singularmente.

Del conjunto de la obra cabe destacar que trata institucionalmente de la legítima con el propósito de dar respuestas cabales para el operador jurídico. No es una obra de vocación marcadamente práctica, pero tampoco un trabajo de lucimiento académico. Cada normativa se analiza en profundidad y detalle, y destaca por no sobrar ni faltar más de lo debido. La jurisprudencia relevante está reseñada con profusión, así como la doctrina de referencia. Hay espacio para las cuestiones técnicas recurrentes, así como para las de política jurídica, sobre las que sorprende que todavía muchas de ellas no hayan encontrado solución razonable en un ordenamiento como el del Código civil. Los temas centrales de la institución, como son el de la naturaleza de la legítima, con sus importantes repercusiones prácticas, su cuantía y cómputo, los legitimarios, el carácter individual o colectivo, las cautelas compensatorias, las formas de pago, su protección y reclamación, los posibles pactos de renuncia o su incidencia en el proceso de transmisión patrimonial sucesoria, ocupan buena parte de las páginas del *Tratado* junto con otros aspectos de menor relieve. Mención especial merecen los derechos legitimarios del cónyuge viudo, que quizá exigirían un distinto tratamiento normativo, vinculado al régimen patrimonial del matrimonio, desgajado de los derechos de los descendientes. Por último, cabe mencionar la espinosa cuestión –que irá a más en el futuro– de la relación entre donaciones y legítima, en sus vertientes de computación, imputación y colación, que tiene importancia dispar en función de los ordenamientos. Como señala acertadamente la profesora García Rubio, ello supone que el legislador exige revisar a la muerte «la entera vida patrimonial del causante a los efectos de la fijación de la legítima» (p. 219), lo que no siempre parece aconsejable.

El *Tratado* incluye un interesante capítulo sobre derecho interregional, que pretende llenar el vacío existente –en ocasiones excesivo– entre privatistas, los de derecho internacional y los de derecho nacional, que no deberían darse la espalda. Una de las normativas recientes de más impacto, y que transformará la práctica del derecho de sucesiones en los próximos años, es el Reglamento (UE) núm. 650/2012. Este Reglamento incorpora los últimos desarrollos en la materia en derecho comparado, con una aproximación moderna y flexible al fenómeno de las sucesiones transnacionales, tanto en lo relativo a personas residentes en países distintos al de su nacionalidad como al de los causantes con bienes en distintas jurisdicciones. El Reglamento se aplicará en España, tanto para los españoles en el extranjero como para los extranjeros en España, pero no para los españoles en España y en los conflictos entre los derechos españoles. La cuestión es antigua, y hasta discutible, pero difícilmente comprensible: por cuestión de soberanía puede obviarse la aplicación de un instrumento internacional a conflictos entre nacionales, pero no debería descuidarse la implementación de los mejores modelos técnicos en derecho conflictual al derecho interregional. El profesor Álvarez González trata de ello, y de mucho más, iluminando las distintas problemáticas, con su amena y afilada prosa habitual. La cuestión más recurrente y de interés, desde el punto de vista interregional, es la motivada por el cambio de vecindad civil del causante entre el otorgamiento del testamento y la apertura de la sucesión, con un desajuste entre la ley aplicable a la legítima en ambos momentos, además de las cuestiones relativas al otorgamiento de un pacto sucesorio o al fraude de ley en materia de vecindad.

En los próximos años asistiremos sin duda a importantes transformaciones en la práctica del derecho de sucesiones, vinculadas a las de la economía y a la estructura de las relaciones sociales y familiares. Estos cambios quizá

obligarán al legislador a incidir en la regulación del derecho de sucesiones y de la legítima, en aquellos ordenamientos en que ello todavía no se haya producido. Las obras como la recensionada, junto con otras igualmente valiosas que se han publicado en los últimos años, constituyen una base razonable, sólida y fundamentada para afrontarlos con mayor seguridad.

Albert LAMARCA MARQUÈS
Profesor Titular de Derecho civil
Universitat Pompeu Fabra

Revistas Españolas

ISABEL ARANA DE LA FUENTE
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. Persona jurídica. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valor. Letra de cambio y cheque.–III. *Derecho concursal*.–IV. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.–V. *Derecho de la Unión Europea*.–VI. *Derecho procesal*.–Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

ARROYO JIMÉNEZ, Luis: «Hacia la normalización constitucional del derecho de la Unión Europea. (A propósito de la STC 145/2012, de 2 de julio)», en *REDE*, núm. 45, 2013, pp. 139 ss.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «Creación judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de la ley: Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva», en *InDret*, 2013-1.

ESPIAU ESPIAU, Santiago: «L'aplicació del dret supletori i la regulació de la prescripció en el Codi civil de Catalunya», en *InDret*, 2013-2.

GREGORIO MERINO, Alberto de: «El Derecho de la Unión y el Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza en la Unión Económica y Monetaria», en *REDE*, núm. 45, 2013, pp. 27 ss.

LAMARCA I MARQUÈS, Albert: «Els terminis de prescripció decennal i trienal en el Codi civil de Catalunya», en *RJC*, núm. 1, 2013, pp. 11 ss.

LLUCH MARTÍNEZ, Jordi: «El cómputo de la *vacatio legis* supletoria, o la importancia del vigésimo día», en *La Ley*, 8026, 2013.

MADRID PARRA, Agustín: «Elaboración de reglas de Naciones Unidas sobre solución de controversias por vía telemática», en *RDNT*, núm. 31, 2012, pp. 19 ss.

RAMOS MUÑOZ, David: «Derecho uniforme, interpretación uniforme y sus retos evolutivos: de la diversidad en las jurisdicciones a la diversidad en

- las transacciones y contextos comerciales», en *RDM*, núm. 286, 2012, pp. 93 ss.
- «Abuso del derecho, transacciones transfronterizas y la construcción del Mercado Interior y de la UE. ¿Un equilibrio imposible?», en *REDE*, núm. 44, 2012, pp. 61 ss.
- SOSPEDRA NAVAS, Francisco José: «Las bases mínimas del estatuto del Juez europeo y su proyección en el ámbito comparado e interno», en *REDE*, núm. 44, 2012, pp. 9 ss.
- VEGA VEGA, José Antonio: «Caracterización jurídica del dinero electrónico en la ley 21/2011», en *RDM*, núm. 285, 2012, pp. 137 ss.
- ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo: «La defensa del derecho privado frente a la globalización económica», en *RDP*, núm. 2, 2013, pp. 87 ss.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «La Directiva sobre obras huérfanas», en *ACM*, vol. 2, núm. 8, 2012, pp. 25 ss.
- BONILLA SÁNCHEZ, José: «El honor, la intimidad y la propia imagen de los personajes famosos en las más recientes sentencias de los tribunales», en *RGLJ*, núm. 1, 2013, pp. 5 ss.
- CÁMARA ÁGUILA, M.^a del Pilar: «La originalidad de la obra como criterio general de protección del autor en el derecho comunitario: la Sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009 que resuelve el asunto Infopaq», en *ACM*, vol. 2, núm. 8, 2012, pp. 111 ss.
- CARNERO SOBRADO, José Ignacio: «El ruido y su respuesta jurisprudencial a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *La Ley*, 8089, 2013.
- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «Vulneración del derecho al honor en los casos de imputación a una persona de la condición de morosa», en *La Ley*, 8073, 2013.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquica no incapacitadas», en *RDP*, núm. 2, 2013, pp. 3 ss.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional», en *ACM*, vol. 2, núm. 1, 2013, pp. 51 ss.
- ECHARRI CASI, Fermín Javier: «Derecho al honor “versus” libertad de expresión e información: a propósito del juicio de ponderación», en *La Ley*, 8096, 2013.
- ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia: «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad como patrimonio separado», en *AC*, núm. 3, 2013.
- GIL RODRÍGUEZ DE CLARA, Vanesa Eugenia: «La posesión consolidada de un título nobiliario: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2011», en *AC*, núm. 19-20, 2012.

- GIMÉNEZ GLUCK, David: «La discriminación múltiple en el Derecho de la Unión», en *REDE*, núm. 45, 2013, pp. 113 ss.
- GRIMALDOS GARCÍA, M.^a Isabel: «¿Sociedad interna o comunidad de bienes?: de los criterios de distinción en nuestra jurisprudencia. A propósito de la STS de 17 de julio de 2012», en *La Ley*, 8056, 2013.
- HERRANZ BALLESTEROS, Mónica: «Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los Derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores», en *REDE*, núm. 44, 2012, pp. 41 ss.
- HUALDE MANSO, M.^a Teresa: «Oposición a transfusiones e intervenciones médicas en situación de riesgo de los menores», en *ACM*, vol. 1, núm. 10, 2013, pp. 109 ss.
- IRURZUN MONTORO, Fernando: «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: una crónica inacabada», en *REDE*, núm. 45, 2013, pp. 9 ss.
- JANER TORRENS, Joan David: «La tutela de los derechos fundamentales en la adopción de medidas sancionadoras por la Unión Europea», en *RDCE*, núm. 43, 2012, pp. 773 ss.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Prevención y reparación de los daños derivados del ruido», en *PDD*, núm. 113, 2013, pp. 8 ss.
- LLANA VICENTE, Marino de la: «La aplicación retroactiva de la Ley de igualdad del hombre y de la mujer en la sucesión en los títulos nobiliarios», en *La Ley*, 8045, 2013.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David: «La autorregulación de la firma digital: las declaraciones de prácticas y las políticas de certificación», en *CDC*, núm. 58, 2012, pp. 271 ss.
- MAYOR DEL HOY, M.^a Victoria: «Más allá del acogimiento de menores: incapacitados, tercera edad y nasciturus», en *RCDI*, núm. 734, 2012, pp. 3213 ss.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto y FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: «Accesibilidad universal y no discriminación en inmuebles residenciales de uso privado», en *RCDI*, núm. 737, 2013, pp. 1533 ss.
- MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda: «La transmisión mortis causa de los derechos de explotación devengados de las creaciones literarias, artísticas y científicas: controversias testamentarias en materia de propiedad intelectual», en *RCDI*, núm. 736, 2013, pp. 1151 ss.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «La conveniente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual en investigación y materiales docentes en Open Access», en *RDNT*, núm. 31, 2012, pp. 13 ss.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «La protección de los derechos de autor de las fotografías y la prestación del consentimiento», en *RDNT*, núm. 31, 2012, pp. 47 ss.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «De nuevo sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil en la resolución de la Dirección General de los Registros y

- del Notariado de 25 de junio de 2012», en *RCDI*, núm. 736, 2013, pp. 1258 ss.
- RUBIO TORRANO, Enrique: «Inclusión indebida en fichero de morosos: intromisión ilegítima en el derecho al honor», en *ACM*, vol. 2, núm. 7, 2012, pp. 91 ss.
- «Protección patrimonial de las personas con discapacidad y competencias autonómicas en Derecho civil y en materia tributaria», en *ACM*, vol. 1, núm. 11, 2013, pp. 35 ss.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: «Libres caminos de la ficción: Libertad de expresión y prohibiciones en la publicidad cinematográfica y de vehículos a motor», en *InDret*, 2013-1.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: «El artículo 223.2.º del Código Civil: La autotutela y su necesidad en nuestra sociedad», en *RCDI*, núm. 736, 2013, pp. 861 ss.
- VARELA AUTRÁN, Benigno: «Incapacidad, curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006: comentario a la STS (Sala 1.ª) 617/2012, de 11 de octubre, Rec. 262/2012», en *La Ley*, 8006, 2013.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «Daños causados por el incumplimiento de la Ley en el tratamiento de datos personales. Concordancias, discordancias y concurso de normas», en *PDD*, núm. 112, 2013, pp. 18 ss.
- VERDA BEAMONTE, José Ramón de: «La invalidez de los precontratos celebrados por los representantes legales de los menores para la práctica del deporte profesional: (a propósito de la STS de 5 de febrero de 2013)», en *La Ley*, 8047, 2013.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ALPA, Guido: «El “texto de viabilidad” y el reglamento opcional sobre la compraventa», en *RDP*, núm. 2, 2013, pp. 125 ss.
- ÁLVAREZ OLALLA, M.^a del Pilar: «Imputación objetiva y causalidad jurídica *versus* criterios de imputación subjetiva», en *ACM*, vol. 2, núm. 8, 2012, pp. 101 ss.
- «No es posible el control de contenido sobre la cláusula de intereses remuneratorios. El Tribunal Supremo se manifiesta en contra de la doctrina del TJUE», en *ACM*, vol. 1, núm. 11, 2013, pp. 51 ss.
- ANCHÓN BRUÑÉN, M.^a José: «Iniciativa legislativa popular relativa a la dación en pago: impedimentos para que prospere y soluciones alternativas», en *La Ley*, 8031, 2013.
- ARRUÑADA, Benito: «La reforma de la responsabilidad hipotecaria», en *RCDI*, núm. 735, 2013, pp. 37 ss.
- ARTETA FREIRE, José M.: «La ineficacia relativa del pacto de non cedendo y la acción de los subcontratistas en el concurso: Comentario a la Senten-

- cia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de marzo de 2012 (JUR 2012\169685; Magistrado Ponente: Luis Garrido Espá), en *InDret*, 2013-2.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «La sentencia del Tribunal de Luxemburgo reactiva la lucha contra las cláusulas abusivas (I): comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013», en *La Ley*, 8078, 2013.
- La sentencia del Tribunal de Luxemburgo reactiva la lucha contra las cláusulas abusivas (II): comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013», en *La Ley*, 8088, 2013.
- «Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas (I): comentario a la STJUE de 14 marzo 2013», en *La Ley*, 8081, 2013.
- «Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas (II): comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013», en *La Ley*, 8092, 2013.
- BARRIO, Natalia del: «Una visión comparatista de la buena fe contractual (II)», en *PDD*, núm. 112, 2013, pp. 6 ss.
- BARRIO GALLARDO, Aurelio: «Los problemas en la formación del contrato derivados de un uso no autorizado de la firma electrónica (1)», en *AC*, núm. 19-20, 2012.
- BENÍTEZ CAORSI, Juan J.: «La obligación de minimizar el daño», en *RGLJ*, núm. 4, 2012, pp. 519 ss.
- BERENGUER ALBALADEJO, Cristina: «El contrato de alimentos a favor de tercero: particularidades de su configuración a la luz del derecho europeo de contratos», en *RDP*, núm. 6, 2012, pp. 61 ss.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La protección del deudor hipotecario en el actual contexto de crisis económica», en *CDC*, núm. 58, 2012, pp. 13 ss.
- «El pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 28 de marzo de 2011 y de 26 de noviembre de 2012», en *RCDI*, núm. 736, 2013, pp. 1066 ss.
- CAFFAGI, Fabrizio: «El nuevo contrato de red: *learning by doing*?», en *RdPat*, núm. 29, 2012, pp. 25 ss.
- CARNERO SOBRADO, José Ignacio: «El ruido y su respuesta jurisprudencial a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *La Ley*, 8089, 2013.
- CARRASCO GARCÍA, Francisco Ángel: «Incumplimiento de la obligación de levantar una carga urbanística, como causa de resolución de un contrato de compraventa: comentario a la STS 70/2012, de 10 de febrero, R.º 39/2009», en *La Ley*, 8015, 2013.
- CARRETERO GARCÍA, Ana: «Prevención de riesgos y reparación de daños por organismos modificados genéticamente en el derecho español y comunitario», en *RdPat*, núm. 30, 2013, pp. 131 ss.

- CASTIÑEIRA JEREZ, Jorge: «Pacta sunt servanda, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias?», en *RdPat*, núm. 29, 2012, pp. 71 ss.
- CATALANO, Roberta: «Autonomía privada y desequilibrio de fuerza contractual: perfiles evolutivos de la teoría del contrato en el derecho italiano y europeo», en *RDP*, núm. 6, 2012, pp. 105 ss.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto: «Notas sobre el denominado negocio jurídico fiduciario», en *RGLJ*, núm. 4, 2012, pp. 541 ss.
- COBAS COBIELLA, M.^a Elena, y VALERO, Javier: «La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles: aproximación a la cuestión», en *La Ley*, 7987, 2012.
- CORDERO LOBATO, Encarna: «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad: (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», en *La Ley*, 8088, 2013.
- CORDÓN MORENO, Faustino: «Sentencia de 21 de mayo de 2012. Criterios jurisprudenciales sobre el posible control de oficio de la nulidad contractual», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 251 ss.
- COSTAS RODAL, Lucía: «La Nueva Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *ACM*, vol. 2, núm. 7, 2012, pp. 27 ss.
- «Imposibilidad sobrevenida y resolución del contrato de cesión de solar por obra futura. Sts 20 de noviembre de 2012», en *ACM*, vol. 1, núm. 10, 2013, pp. 99 ss.
- CRESPO GARRIDO, María: «Particularidades de la fiscalidad de la dación de inmuebles en pago de deudas: consecuencias técnicas para los sujetos activo y pasivo del derecho de crédito garantizado con hipoteca impagada», en *RCDI*, núm. 735, 2013, pp. 69 ss.
- CRESPO MORA, M.^a Carmen: «Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR», en *InDret*, 2013-2.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «Sentencia de 17 de enero de 2012. La imposibilidad de moderación de la pena moratoria conforme a la regulación de la cláusula penal en el Código Civil», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 715 ss.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica», en *RCDI*, núm. 735, 2013, pp. 111 ss.
- EMPARANZA SOBEJANO, Alberto: «Autonomía privada y régimen jurídico del contrato de transporte por carretera: las condiciones generales de IRU (International Road Union Transport) y la orden FOM/1882/2012 de 1 de agosto», en *RDM*, núm. 286, 2012, pp. 25 ss.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando y OLARIU, Ozana: «La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo», en *InDret*, 2013-1.

- ESTRADA ALONSO, Eduardo y FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio: «Ejecución hipotecaria y cláusulas abusivas (A propósito de la cuestión prejudicial planteada en el asunto “Mohamed Aziz c. Catalunya-caixa”）」, en *RCDI*, núm. 735, 2013, pp. 173 ss.
- GALÁN CORTÉS, Julio César: «Sentencia de 16 de enero de 2012. Responsabilidad civil médica por omisión del consentimiento informado. Responsabilidad de la entidad aseguradora de asistencia sanitaria», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 53 ss.
- GÁLVEZ PASCUAL, Josep: «La protección de consumidores y usuarios en la contratación de permuta financiera o swap», en *ACM*, vol. 1, núm. 9, 2013, pp. 101 ss.
- GARCÍA PÉREZ, Rosa: «El incumplimiento anticipado o previsible (anticipated non performance) como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código civil», en *ACM*, vol. 2, núm. 7, 2012, pp. 37 ss.
- GARCÍA SANZ, Arturo: «El daño moral en el transporte aéreo de pasajeros», en *RDM*, núm. 286, 2012, pp. 191 ss.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia María Rosa y SEBASTIÁN BAROCELLI, Sergio: «Daños por contagio de enfermedades infectocontagiosas e infecciones intrahospitalarias en servicios de salud», en *RGLJ*, núm. 1, 2013, pp. 33 ss.
- GÁZQUEZ SERRANO, Laura: «Las cláusulas arbitrales en los contratos de arrendamientos urbanos (I)», en *AC*, núm. 21-22, 2012.
- GIMENO SENDRA, José Vicente: «Los convenios arbitrales de adhesión y su impugnación jurisdiccional (1)», en *La Ley*, 8089, 2013.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Sentencia de 14 de junio de 2012. Efectos de la no vinculación “del consumidor a las cláusulas abusivas”. (Abusa, que algo (ya) no queda)», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 339 ss.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «Los inconvenientes a la posibilidad de la adjudicación en pago de la finca hipotecada al acreedor ejecutante: una perspectiva desde el Derecho Civil», en *RCDI*, núm. 735, 2013, pp. 245 ss.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Sentencia de 12 de abril de 2012. Acción de reintegración concursal: restitución de prestaciones y rescisión parcial», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 14731 ss.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés: «Virtualidad de la prenda constituida sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA) a favor de las entidades financieras en el concurso de las sociedades concesionarias de autopistas», en *La Ley*, 8074, 2013.
- HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: «La acción de desahucio por impago de rentas en situación de concurso del arrendatario», en *ADCCon*, núm. 28, 2013, pp. 61 ss.
- IGLESIA PRADOS, Eduardo: «Particularidades de la obligación de entrega en la compraventa inmobiliaria urbana», en *RdPat*, núm. 29, 2012, pp. 173 ss.

- INFANTE RUIZ, Francisco José: «El desarrollo de la prohibición de discriminar en el derecho de contratos y su consideración en la jurisprudencia», en *RdPat*, núm. 30, 2013, pp. 169 ss.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «La defensa del deudor hipotecario y el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012», en *RCDI*, núm. 735, 2013, pp. 273 ss.
- «Sobreendeudamiento y vivienda familiar», en *RGLJ*, núm. 1, 2013, pp. 49 ss.
- LARA GONZÁLEZ, Rafael: «La problemática jurídica actual de las líneas de crédito: swaps y concurso de acreedores», en *ACM*, vol. 1, núm. 9, 2013, pp. 69 ss.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Prevención y reparación de los daños derivados del ruido», en *PDD*, núm. 113, 2013, pp. 8 ss.
- LLORENTE GONZALVO, Miguel: «Sentencia del Tribunal Supremo 4403/2012, de 11 de junio de 2012, sobre el contrato de *lobbying*: su admisibilidad en nuestro sistema», en *CDC*, núm. 58, 2012, pp. 391 ss.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura: «Del consensualismo al formalismo contractual: una reflexión sobre la forma de los contratos en derecho francés?», en *RdPat*, núm. 29, 2012, pp. 279 ss.
- LÓPEZ FRÍAS, Ana M.^a: «La venta de un inmueble común sin el consentimiento de todos los copropietarios», en *ACM*, vol. 1, núm. 11, 2013, pp. 63 ss.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David: «La inobservancia de documentos de buenas prácticas voluntariamente asumidos en beneficio del consumidor y/o usuario en internet: consecuencias legales y posibles acciones al respecto», en *RDNT*, núm. 31, 2012, pp. 75 ss.
- MARÍN HITTA, Luis José: «Sentencia de 31 de mayo de 2012. Contrato de agencia: Indemnización por clientela y criterios para su determinación. Obligado a su pago tras cesión del contrato», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 303 ss.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Sustitución de un bien no conforme: ¿quién asume el coste de retirada del bien y de instalación del bien de sustitución?», en *ACM*, vol. 1, núm. 9, 2013, pp. 87 ss.
- «Sentencia de 20 de julio de 2012. Contratos vinculados “en” y “al margen de” la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo: doctrina del Tribunal Supremo», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 469 ss.
- MARTÍ VIRAVALLS, Jaume: «Contratos para la internacionalización de las redes de franquicia», en *RCD*, núm. 112, 2013, pp. 87 ss.
- «Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución: estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas», en *RDM*, núm. 285, 2012, pp. 95 ss.
- MARTÍN BRICEÑO, M.^a del Rosario: «La dación en pago: sustitución del cumplimiento estricto en una relación obligatoria», en *RCDI*, núm. 735, 2013, pp. 359 ss.

- MARTÍN I CASALS, Miquel: «Conceptos perjudiciales (*heads of damage*) en la indemnización por muerte y por lesiones personales en Europa», en *InDret*, 2013-2.
- MARTÍN PASTOR, José: «La Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», en *La Ley*, 8085, 2013.
- MARTÍNEZ BALMASEDA, Arantza: «Las nuevas funciones de las cuentas en participación», en *CDC*, núm. 58, 2012, pp. 249 ss.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto: «La “venta extrajudicial” de los bienes hipotecados por Notario: una alternativa judicial», en *La Ley*, 8070, 2013.
- MARTÍNEZ MORIEL, Isabel: «La protección de la información aportada en el contexto de una solicitud de clemencia ante las acciones civiles de daños y perjuicios», en *GJ*, núm. 32, 2013, pp. 61 ss.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo: «Algunas consideraciones sobre la ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías: en particular, el régimen jurídico de las reservas y reclamaciones?», en *RdPat*, núm. 29, 2012, pp. 107 ss.
- MASTROPIETRO, Barbara: «Acto de destinación y “trust”: dos modelos a confrontar», en *RGLJ*, núm. 4, 2012, pp. 551 ss.
- MEDINA ORTÍZ, Jordi: «Formalitats en la constitució del dret de retenció sobre béns immobles», en *RJC*, núm. 4, 2012, pp. 955 ss.
- MÉNDEZ TOJO, Ramón: «Intoxicación alimentaria en un establecimiento de hostelería: análisis de la responsabilidad contractual o extracontractual de dicho establecimiento», en *La Ley*, 8072, 2013.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «Sobre la adjudicación del inmueble hipotecado en pago de la totalidad de la deuda», en *RCDI*, núm. 735, 2013, pp. 389 ss.
- «Consideraciones sobre el proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas», en *RdPat*, núm. 30, 2013, pp. 95 ss.
- MOLL DE ALBA LACUVE, Chantal: «Sentencia de 16 de mayo de 2012. Condiciones potestativas, incumplimiento contractual y cláusula resolutoria expresa», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 211 ss.
- MONESTIER MORALES, Juan Luis: «Ejecución hipotecaria de vivienda: propuesta de petición alternativa de dación en pago: suspensión del procedimiento, declaración de nulidad o suspensión del lanzamiento», en *PDD*, núm. 112, 2013, pp. 18 ss.
- MORENO VELASCO, Víctor: «El contrato de alimentos: ineficacia y fraude de derechos de terceros», en *AC*, núm. 1, 2013.
- MÚÑOZ GARCÍA, Carmen: «Tutela del adquirente de vivienda por daños causados por el inmueble: a propósito del artículo 149 TRLGDCU», en *La Ley*, 8005, 2013.

- NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen: «El distinto origen de la responsabilidad contractual y extracontractual: aportaciones para una revisión crítica de las controversias jurisprudenciales y doctrinales planteadas ante esta dualidad», en *RCDI*, núm. 736, 2013, pp. 1190 ss.
- OLARIU, Ozana y ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando: «La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo», en *InDret*, 2013-1.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «El arbitraje en España. Impacto de la Ley 11/2011, de la reforma de la Ley 60/2003», en *RJC*, núm. 4, 2012, pp. 1005 ss.
- ORMÁZABAL SÁNCHEZ, Guillermo: «La notificación de la demanda a terceros prevista en la DA 7.^a de la LOE: análisis del precepto y tentativa de aclarar un embrollo que ya viene durando demasiado», en *AC*, núm. 2, 2013.
- ORTÍ VALLEJO, Antonio de P.: «El arrendamiento con opción de compra de inmuebles urbanos», en *ACM*, vol. 2, núm. 8, 2012, pp. 133 ss.
- PADRÓS I REIG, Carlos: «La relevancia de la “culpa in vigilando” en la regulación y supervisión financiera y bancaria», en *RDBB*, núm. 128, 2012, pp. 115 ss.
- PAGADOR LÓPEZ, Javier: «De nuevo sobre las cláusulas predisuestas relativas a la parte económica del contrato», en *DN*, núm. 268, 2013, pp. 7 ss.
- PANIZA FULLANA, Antonia: «Cambios económicos y sociales y cláusula rebus sic stantibus», en *ACM*, vol. 2, núm. 8 2012, pp. 89 ss.
- «Una complicada relación a tres bandas: compañías aéreas low cost, agencias de viajes on line y consumidores», en *ACM*, vol. 1, núm. 11, 2013, pp. 41 ss.
- PAÑOS PÉREZ, Alba: «La reparación del daño moral por productos defectuosos o deficiente prestación de servicios: el despropósito del TRDCU», en *PDD*, núm. 114, 2013, pp. 8 ss.
- PÉREZ GURREA, Rosana: «La donación con cláusula de reversión. Su régimen jurídico, naturaleza y efectos», en *RCDI*, núm. 736, 2013, pp. 1175 ss.
- «Ejecución hipotecaria y protección del deudor hipotecario en el contexto de la crisis económica», en *RCDI*, núm. 735, 2013, pp. 455 ss.
- PÉREZ MANZANO, M.: «Interrupción del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial en caso de ejercicio previo de acciones penales», en *La Ley*, 8070, 2013.
- QUICIOS MOLINA, M.^a Susana: «La reforma de los arrendamientos urbanos, según el Proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, de 31 de agosto de 2012», en *ACM*, vol. 2, núm. 8, 2012, pp. 31 ss.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: «Sentencia de 2 de julio de 2012. Pagaré endosado,»exceptio doli» y falta de causa», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 417 ss.

- PELAYO JIMÉNEZ, Ramón C.: «En torno a la medida cautelar de suspensión de la ejecución de los “avales a primer requerimiento”», en *RDM*, núm. 287, 2013, pp. 129 ss.
- PÉREZ CONESA, Carmen: «Improcedencia del cobro de comisión por cancelación ante la extinción de contrato concertado con entidad bancaria. Interpretación de los contratos. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2012», en *ACM*, vol. 2, núm. 1, 2013, pp. 45 ss.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, Patricia: «La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust», en *InDret*, 2013-1.
- ROBLES LATORRE, Pedro: «Sentencia de 14 de febrero de 2012. Imposibilidad de ejercicio de acción resolutoria por abuso de posición de dominio», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 85 ss.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a Eugenia: «Eficacia y oponibilidad de la cesión de créditos: nuevas normas y propuestas, nacionales e internacionales», en *RCDI*, núm. 737, 2013, pp. 1711 ss.
- ROMERO VELASCO, Miguel: «Tipos contractuales para la gestión territorial de las explotaciones agrarias en la ley 5/2011?», en *RdPat*, núm. 29, 2012, pp. 307 ss.
- ROY PÉREZ, Cristina: «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», en *RDM*, núm. 287, 2013, pp. 151 ss.
- RUBIO TORRANO, Enrique: «Imposibilidad de resolución de contrato por incumplimiento de obligación accesorio», en *ACM*, vol. 1, núm. 9, 2013, pp. 41 ss.
- «Responsabilidad civil por colisión recíproca de vehículos: nuevo criterio jurisprudencial», en *ACM*, vol. 1, núm. 10, 2013, pp. 17 ss.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert: «Sentencia de 11 de enero de 2012. Responsabilidad civil por daños medioambientales en el caso del vertido de Aznalcóllar», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 15 ss.
- RUIZ MUÑOZ, Miguel: «La calidad, el precio justo y la fijación del precio en función de los clientes», en *RCD*, núm. 112, 2013, pp. 15 ss.
- SABATER BAYLE, Elsa: «Sentencia de 30 de mayo de 2012. Posposición de condición resolutoria a futura hipoteca en un contrato de permuta de solares por fincas futuras», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 287 ss.
- SABORIDO SÁNCHEZ, Paloma: «La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato: La situación de la causa a través de la perspectiva europea y desde los proyectos de reforma francés y español», en *InDret*, 2013-1.
- SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, Miguel: «La acción rescisoria a raíz de la STS de 7 de septiembre de 2012 (La Ley 177670/2012)», en *La Ley*, 8040, 2013.
- SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos: «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas: su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria», en *La Ley*, 8092, 2013.

- «Impugnación de los intereses pactados en un préstamo bancario, concurrencia de la normativa de usura y protección al consumidor: comentario a la STS, Sala 1.ª, de 18 de junio de 2012», en *La Ley*, 8030, 2013.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: «Sentencia de 20 de julio de 2012. Derecho de elevación de renta consecuencia de la fusión de la empresa arrendataria», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 443 ss.
- SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: «Sentencia de 27 de junio de 2012. Vicios ruinosos y responsabilidad del proyectista», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 405 ss.
- SELIGRAT GONZÁLEZ, Víctor: «Daños causados como consecuencia de la masificación en espectáculos deportivos», en *AC*, núm. 4, 2013.
- «Daños causados como consecuencia de la masificación en espectáculos deportivos», en *PDD*, núm. 114, 2013, pp. 22 ss.
- SIMÓN MORENO, Héctor: «Sentencia de 11 de junio de 2012. Contrato de lobby», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 319 ss.
- SIRVENT GARCÍA, Jorge: «La donación remuneratoria?», en *RdPat*, núm. 29, 2012, pp. 335 ss.
- SOLÉ I FELIU, Josep: «Sentencia de 28 de mayo de 2012. Responsabilidad civil del fabricante por los daños causados por el medicamento Agridal», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 265 ss.
- SOTO GUITIÁN, José Manuel: «La dación en pago: breve estado de la cuestión», en *AC*, núm. 2, 2013.
- TORAL LARA, Estrella: «Sentencia de 7 de marzo de 2012. Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos recíprocos con obligaciones pendientes a cargo de las dos partes contratantes. Aplicación del art. 61.2 de la Ley concursal», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 103 ss.
- VALERO, Javier y COBAS COBIELLA, M.ª Elena: «La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles: aproximación a la cuestión», en *La Ley*, 7987, 2012.
- VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Ángel: «Aspectos sociológicos, jurídicos y registrales del Real Decreto-ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», en *RCDI*, núm. 735, 2013, pp. 481 ss.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «Daños causados por el incumplimiento de la Ley en el tratamiento de datos personales. Concordancias, discordancias y concurso de normas», en *PDD*, núm. 112, 2013, pp. 18 ss.
- VÁZQUEZ GARCÍA, David: «La moderna configuración de la «acción pauliana»: comentario a la STS, 1.ª, 7 de septiembre de 2012», en *La Ley*, 8031, 2013.
- VERDA BEAMONTE, José Ramón de: «La invalidez de los precontratos celebrados por los representantes legales de los menores para la práctica del deporte profesional: (a propósito de la STS de 5 de febrero de 2013)», en *La Ley*, 8047, 2013.

- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «Gratuidad de la donación y tutela del donante. (IR) Revocabilidad de la donación por superveniencia de hijo adoptivo mayor de edad», en *RdPat*, núm. 29, 2012, pp. 47 ss.
- YÁÑEZ VELASCO, Ricardo: «La intermediación inmobiliaria», en *RCDI*, núm. 737, 2013, pp. 1583 ss.
- ZUNZUNEGUI PASTOR, Fernando: «Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias», en *RDBB*, núm. 129, 2013, pp. 35 ss.
- ZURITA HERRERA, Pedro: «Duración y extinción del contrato de distribución en el proyecto de ley del contrato de distribución», en *RdPat*, núm. 29, 2012, pp. 363 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- ALMAGRO NOSETE, José: «Polémica sentencia acerca de la prescripción extintiva y usucapión sobre inmuebles», en *La Ley*, 8041, 2013.
- «Un auto “pionero”, abierto a grandes horizontes: ejecución hipotecaria inmobiliaria», en *La Ley*, 8088, 2013.
- ANCHÓN BRUÑÉN, M.^a José: «Iniciativa legislativa popular relativa a la dación en pago: impedimentos para que prospere y soluciones alternativas», en *La Ley*, 8031, 2013.
- «Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013», en *La Ley*, 8065, 2013.
- ARCO, Ana del: «Una introducción a la Directiva 2012/28/UE sobre ciertos usos autorizados de obras huérfanas», en *GJ*, núm. 32, 2013, pp. 75 ss.
- ARRUÑADA, Benito: «La reforma de la responsabilidad hipotecaria», en *RCDI*, núm. 735, 2013, pp. 37 ss.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «La sentencia del Tribunal de Luxemburgo reactiva la lucha contra las cláusulas abusivas (I): comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013», en *La Ley*, 8078, 2013.
- «La sentencia del Tribunal de Luxemburgo reactiva la lucha contra las cláusulas abusivas (II): comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013», en *La Ley*, 8088, 2013.
- «Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas (I): comentario a la STJUE de 14 marzo 2013», en *La Ley*, 8081, 2013.
- «Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas (II): comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013», en *La Ley*, 8092, 2013.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «La Directiva sobre obras huérfanas», en *ACM*, vol. 2, núm. 8, 2012, pp. 25 ss.
- «El nuevo procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada», en *ACM*, vol. 1, núm. 10, 2013, pp. 27 ss.

- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La protección del deudor hipotecario en el actual contexto de crisis económica», en *CDC*, núm. 58, 2012, pp. 13 ss.
- «El pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 28 de marzo de 2011 y de 26 de noviembre de 2012», en *RCDI*, núm. 736, 2013, pp. 1066 ss.
- CÁMARA ÁGUILA, M.^a del Pilar: «La originalidad de la obra como criterio general de protección del autor en el derecho comunitario: la Sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009 que resuelve el asunto Infopaq», en *ACM*, vol. 2, núm. 8, 2012, pp. 111 ss.
- CORDERO LOBATO, Encarna: «Notas de urgencia sobre la paralización temporal de desahucios hipotecarios establecida en el Real Decreto-Ley 27/2012», en *La Ley*, 7988, 2012.
- «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad: (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», en *La Ley*, 8088, 2013.
- COSTAS RODAL, Lucía: «Aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: principales novedades introducidas por la Ley 4/2012», en *ACM*, vol. 1, núm. 10, 2013, pp. 35 ss.
- CRESPO GARRIDO, María: «Particularidades de la fiscalidad de la dación de inmuebles en pago de deudas: consecuencias técnicas para los sujetos activo y pasivo del derecho de crédito garantizado con hipoteca impagada», en *RCDI*, núm. 735, 2013, pp. 69 ss.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica», en *RCDI*, núm. 735, 2013, pp. 111 ss.
- DÍAZ MORENO, Alejandro: «El derecho de retención: requisitos y naturaleza», en *RdPat*, núm. 30, 2013, pp. 255 ss.
- ESTRADA ALONSO, Eduardo y FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio: «Ejecución hipotecaria y cláusulas abusivas (A propósito de la cuestión prejudicial planteada en el asunto “Mohamed Aziz c. Catalunya-Caixa”）」, en *RCDI*, núm. 735, 2013, pp. 173 ss.
- «El futuro de la ejecución hipotecaria española tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013», en *RCDI*, núm. 737, 2013, pp. 1415 ss.
- GARCÍAS DE ESPAÑA, Eugenia: «Ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual, dación en pago y reclamación posterior», en *ACM*, vol. 1, núm. 10, 2013, pp. 121 ss.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: «Sentencia de 2 de mayo de 2012. Alcance de la protección de la Directiva de programas de ordenador (cuestión prejudicial ante el TJUE)», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 177 ss.

- GIL RODRÍGUEZ DE CLARA, Vanesa Eugenia: «La posesión consolidada de un título nobiliario: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2011», en *AC*, núm. 19-20, 2012.
- GÓMEZ MARTÍNEZ, Miguel: «Intellectual Property on the Internet Legal and Economic analysis», en *RCDI*, núm. 737, 2013, pp. 1675 ss.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «Los inconvenientes a la posibilidad de la adjudicación en pago de la finca hipotecada al acreedor ejecutante: una perspectiva desde el Derecho Civil», en *RCDI*, núm. 735, 2013, pp. 245 ss.
- GRIMALDOS GARCÍA, M.^a Isabel: «¿Sociedad interna o comunidad de bienes?: de los criterios de distinción en nuestra jurisprudencia. A propósito de la STS de 17 de julio de 2012», en *La Ley*, 8056, 2013.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés: «Virtualidad de la prenda constituida sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA) a favor de las entidades financieras en el concurso de las sociedades concesionarias de autopistas», en *La Ley*, 8061, 2013.
- IGLESIA PRADOS, Eduardo: «Particularidades de la obligación de entrega en la compraventa inmobiliaria urbana», en *RdPat*, núm. 29, 2012, pp. 173 ss.
- IGLESIAS ROSADO, Guadalupe: «Vías legales eficaces frente a los lanzamientos hipotecarios», en *La Ley*, 8074, 2013.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «La defensa del deudor hipotecario y el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012», en *RCDI*, núm. 735, 2013, pp. 273 ss.
- LAPORTE, Anne-Caroline: «Garantías reales sobre obras cinematográficas», en *DN*, núm. 267, 2013, pp. 7 ss.
- LYCZKOWSKA, Karolina Maja: «Sentencia de 20 de junio de 2012. La resistencia concursal de la prenda financiera», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 395 ss.
- LÓPEZ BARBA, Elena: «La eficacia ejecutiva del acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación según la Ley 5/2012», en *RdPat*, núm. 30, 2013, pp. 237 ss.
- LÓPEZ FRÍAS, Ana M.^a: «La venta de un inmueble común sin el consentimiento de todos los copropietarios», en *ACM*, vol. 1, núm. 11, 2013, pp. 63 ss.
- LÓPEZ GUTIÉRREZ, Javier: «Protección legal del formato audiovisual», en *ACM*, vol. 2, núm. 1, 2013, pp. 85 ss.
- LUQUE JIMÉNEZ, M.^a Carmen: «Evolución y actualidad en el control registral de la edificación», en *RCDI*, núm. 734, 2012, pp. 3109 ss.
- MACÍA MORILLO, Andrea: «Una aproximación a la transmisión en garantía en el Derecho alemán», en *InDret*, 2013-1.
- MARTÍN BRICEÑO, M.^a del Rosario: «La dación en pago: sustitución del cumplimiento estricto en una relación obligatoria», en *RCDI*, núm. 735, 2013, pp. 359 ss.

- MARTÍN PASTOR, José: «La Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», en *La Ley*, 8085, 2013.
- «Pretensiones procesales ejercitables en el proceso judicial de revisión de la calificación registral negativa o de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *RCDI*, núm. 736, 2013, pp. 689 ss.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto: «La «venta extrajudicial» de los bienes hipotecados por Notario: una alternativa judicial», en *La Ley*, 8070, 2013.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M.: «Prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y adquisición del dominio por usucapión: ¿Dos figuras en liza?», en *InDret*, 2013-2.
- MEDINA ORTÍZ, Jordi: «Formalitats en la constitució del dret de retenció sobre béns immobles», en *RJC*, núm. 4, 2012, pp. 955 ss.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P.: «Derechos reales y titularidades reales», en *RCDI*, núm. 736, 2013, pp. 763 ss.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «Sobre la adjudicación del inmueble hipotecado en pago de la totalidad de la deuda», en *RCDI*, núm. 735, 2013, pp. 389 ss.
- MOLINS GARCÍA ATANCE, Marta y ORIA DE RUEDA Y ELÍA, Galo Alfonso: «Algunas consideraciones doctrinales sobre el procedimiento extrajudicial hipotecario», en *AC*, núm. 19-20, 2012.
- MONESTIER MORALES, Juan Luis: «Ejecución hipotecaria de vivienda: propuesta de petición alternativa de dación en pago: suspensión del procedimiento, declaración de nulidad o suspensión del lanzamiento», en *PDD*, núm. 112, 2013, pp. 18 ss.
- MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda: «La transmisión mortis causa de los derechos de explotación devengados de las creaciones literarias, artísticas y científicas: controversias testamentarias en materia de propiedad intelectual», en *RCDI*, núm. 736, 2013, pp. 1151 ss.
- MÚÑOZ BENAVIDES, Carmen: «La ejecución de las garantías financieras en el ámbito del concurso de acreedores», en *La Ley*, 8064, 2013.
- NAVAS NAVARRO, Susana: «La hipoteca de la vivienda familiar en el Derecho catalán», en *RCDI*, núm. 734, 2012, pp. 3241 ss.
- PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.^a Concepción: «La cuenta corriente a la luz de la Ley de Servicios de Pago (y de las normas de transparencia)», en *RDBB*, núm. 129, 2013, pp. 77 ss.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat: «El patrimonio de afectación profesional en el Derecho francés ¿Evolución o revolución en la teoría del patrimonio?», en *RCDI*, núm. 735, 2013, pp. 423 ss.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «La transmisión «inter vivos» de la propiedad de vehículos a motor en Cuba, según el Decreto 292/2011: el agua siempre vuelve a su cauce», en *RDP*, núm. 1, 2013, pp. 35 ss.

- PÉREZ GURREA, Rosana: «Ejecución hipotecaria y protección del deudor hipotecario en el contexto de la crisis económica», en *RCDI*, núm. 735, 2013, pp. 455 ss.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «La conveniente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual en investigación y materiales docentes en Open Access», en *RDNT*, núm. 31, 2012, pp. 13 ss.
- PONCE SOLÉ, Juli: «Habitatge, dret i crisi econòmica. La modificació de la Llei del dret a l'habitatge operada per la Llei 9/2011 i la suspensió dels llançaments en els processos hipotecaris pel Reial Decret 27/2012, de 15 de novembre», en *RJC*, núm. 4, 2012, pp. 93 ss.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «La protección de los derechos de autor de las fotografías y la prestación del consentimiento», en *RDNT*, núm. 31, 2012, pp. 47 ss.
- RAMOS MAESTRE, Aurea: «El derecho de habitación a favor del legitimario discapacitado», en *RDP*, núm. 1, 2013, pp. 5 ss.
- RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia: «Comunidad postganancial, comunidad hereditaria y usucapión», en *RdPat*, núm. 30, 2013, pp. 199 ss.
- RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel: «Reflexiones sobre los criterios de determinación del justiprecio en las expropiaciones ordinarias», en *RUE*, núm. 26, 2012, pp. 119 ss.
- SALARTE BAYLE, Elsa: «Sentencia de 30 de mayo de 2012. Posposición de condición resolutoria a futura hipoteca en un contrato de permuta de solares por fincas futuras», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 287 ss.
- SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos: «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas: su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria», en *La Ley*, 8092, 2013.
- YÁÑEZ VELASCO, Ricardo: «La intermediación inmobiliaria», en *RCDI*, núm. 737, 2013, pp. 1583 ss.
- ZUNZUNEGUI PASTOR, Fernando: «Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias», en *RDBB*, núm. 129, 2013, pp. 35 ss.

DERECHO DE FAMILIA

- ALLUEVA AZNAR, Laura: «Els requisits per la validesa dels pactes en previsió de ruptura matrimonial: Comentari a la STSJ de Catalunya (Sala Civil i Penal, Secc. 1a), de 12.7.2012», en *InDret*, 2013-1.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «De las dificultades del emparejamiento sin matrimonio», en *ACM*, vol. 2, núm. 1, 2013, pp. 41 ss.
- «Sentencia de 17 de octubre de 2012. Informe favorable del Ministerio Fiscal para otorgamiento de custodia compartida sin acuerdo entre los padres», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 491 ss.

- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «El pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 28 de marzo de 2011 y de 26 de noviembre de 2012», en *RCDI*, núm. 736, 2013, pp. 1066 ss.
- BONILLO GARRIDO, Luis: «El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución», en *La Ley*, 8070, 2013.
- BORRILLO, Daniel y FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: «La reforma del Derecho de familia en Francia: a propósito del Proyecto de Ley n.º 344, de 7 de noviembre de 2012, de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo», en *AC*, núm. 4, 2013.
- CASADO CASADO, Belén: «Carácter constitutivo de la sentencia de divorcio en relación con la extinción de la pensión compensatoria», en *RDF*, núm. 58, 2013, pp. 83 ss.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Constitucionalidad de la Ley 13/2005, sobre el matrimonio homosexual: un ejemplo, hoy, de interpretación sociológica o evolutiva, fundada en razones de igualdad», en *RDP*, núm. 2, 2013, pp. 25 ss.
- CORDERO CUTILLAS, Iciar: «Algunos aspectos de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven», en *AC*, núm. 3, 2013.
- CUADRADO PÉREZ, Carlos: «Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia», en *RCDI*, núm. 734, 2012, pp. 3149 ss.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional», en *ACM*, vol. 2, núm. 1, 2013, pp. 51 ss.
- «Una relectura de los presupuestos para la fijación y modificación de medidas en procedimientos de separación y divorcio a la luz de la crisis económica», en *ACM*, vol. 2, núm. 7, 2012, pp. 99 ss.
- «La determinación del lugar de residencia del menor como conflicto en el ejercicio conjunto de la patria potestad por progenitores no convivientes», en *ACM*, vol. 1, núm. 9, 2013, pp. 47 ss.
- DÍAZ MORENO, Alejandro: «El derecho de retención: requisitos y naturaleza», en *RdPat*, núm. 30, 2013, pp. 255 ss.
- DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Ignacio: «La confesión sobre el carácter de los bienes realizada entre cónyuges», en *RCDI*, núm. 734, 2012, pp. 3195 ss.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, M.^a del Pino: «Carácter excepcional del derecho a alimentos en la Ley Concursal», en *RCDI*, núm. 736, 2013, pp. 991 ss.
- DUPLÁ MARÍN, M.^a Teresa: «La Regulación jurídica de las familias reconstituidas en Cataluña: del proyecto del libro 2.º del 2006 a la Ley 25/2010, de 29 de julio, de Libro 2.º del Código Civil de Cataluña», en *RJC*, núm. 3, 2012, pp. 601 ss.

- FLORES RODRÍGUEZ, Jesús y BORRILLO, Daniel: «La reforma del Derecho de familia en Francia: a propósito del Proyecto de Ley n.º 344, de 7 de noviembre de 2012, de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo», en *AC*, núm. 4, 2013.
- FUENTESECA DEGENEFFE, Cristina: «Hipoteca global e hipoteca de propietario en el derecho alemán y las resoluciones de la dirección general de los registros y del notariado», en *RDP*, núm. 6, 2012, pp. 3 ss.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el Derecho de cosas», en *RCDI*, núm. 736, 2013, pp. 1133 ss.
- IGLESIA MONJE, M.^a Isabel: «La idoneidad de los adoptantes», en *RCDI*, núm. 736, 2013, pp. 1051 ss.
- «Algunas cuestiones jurisprudenciales en torno a la extinción de la pensión compensatoria», en *RCDI*, núm. 736, 2013, pp. 1121066 ss.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «Sobreendeudamiento y vivienda familiar», en *RGLJ*, núm. 1, 2013, pp. 49 ss.
- LAUROBA LACASA, M.^a Elena: «Los planes de parentalidad en el Libro segundo del Código civil de Cataluña», en *RJC*, núm. 4, 2012, pp. 887 ss.
- LÓPEZ SUÁREZ, Marcos Antonio: «Sentencia de 20 de abril de 2012. Consideraciones acerca de la autonomía de la voluntad en el marco del convenio regulador a partir de un acuerdo sobre la denominada pensión compensatoria», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 165831 ss.
- MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M.^a Lourdes: «Estudio sobre la obstaculización y privación del derecho de visita por el progenitor que ostenta la guarda del menor, al otro», en *RDP*, núm. 3, 2013, pp. 41 ss.
- MATERO Y VILLA, Íñigo: «De los matrimonios simulados y sus efectos administrativos: legislación europea», en *RDF*, núm. 58, 2013, pp. 45 ss.
- MAYOR DEL HOY, M.^a Victoria: «Más allá del acogimiento de menores: incapacitados, tercera edad y nasciturus», en *RCDI*, núm. 734, 2012, pp. 3213 ss.
- MORO BONILLO, Esther: «La voluntad del menor en el cambio de custodia», en *RDF*, núm. 57, 2012, pp. 47 ss.
- PARDILLO HERNÁNDEZ, Agustín: «La pensión compensatoria en la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo», en *La Ley*, 8010, 2013.
- PÉREZ CONESA, Carmen: «Inconstitucionalidad del inciso “favorable” del artículo 92.8 del Código Civil relativo a la custodia compartida solicitada por un solo cónyuge (STC 17 de octubre de 2012)», en *ACM*, vol. 1, núm. 9, 2013, pp. 61 ss.
- PÉREZ FENOLL, José Antonio: «La ausencia de relaciones familiares como causa de extinción de la obligación de prestar alimentos en el Codi civil de Catalunya», en *RJC*, núm. 4, 2012, pp. 917 ss.

- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier y PÉREZ RUFÍAN, Laura: «Diligencias previas preliminares al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales», en *RDF*, núm. 57, 2012, pp. 25 ss.
- «Diligencias previas preliminares al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales», en *RDF*, núm. 58, 2013, pp. 25 ss.
- PINTO ANDRADE, Cristóbal: «La atribución judicial de la vivienda familiar y su temporalización existiendo hijos menores de edad: actuales líneas jurisprudenciales y doctrinales», en *AC*, núm. 21-22, 2012.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Sentencia de 18 de junio de 2012. Declaración de inexistencia de bienes gananciales en el momento de la disolución del régimen», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 357 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Crisis económica y solidaria familiar: los alimentos entre parientes», en *RGLJ*, núm. 4, 2012, pp. 581 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica», en *La Ley*, 8000, 2013.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia: «La reconciliación conyugal y sus efectos», en *ACM*, vol. 2, núm. 7, 2012, pp. 115 ss.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: «El artículo 223.2.º del Código Civil: La autotutela y su necesidad en nuestra sociedad», en *RCDI*, núm. 736, 2013, pp. 861 ss.
- SÁNCHEZ-ARJONA Y MACÍAS, Javier: «Los fundamentos generales del Fuero de Baylío y de los demás regímenes de comunidad universal de bienes en el matrimonio», en *AC*, núm. 1, 2013.
- SOTO MOYA, Mercedes: «Libre circulación por el territorio de la Unión Europea de los matrimonios del mismo sexo celebrados en España», en *RDCE*, núm. 43, 2012, pp. 807 ss.
- UTRERA GUTIÉRREZ, José Luis: «La Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia», en *La Ley*, 7996, 2013.
- VERDA BEAMONTE, José Ramón de: «La invalidez de los precontratos celebrados por los representantes legales de los menores para la práctica del deporte profesional: (a propósito de la STS de 5 de febrero de 2013)», en *La Ley*, 8047, 2013.
- YÁÑEZ VIVERO, Fátima: «Alimentos e insolvencia familiar: la reforma concursal española y la experiencia italiana», en *RDP*, núm. 3, 2013, pp. 3 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

- CASADO ROMÁN, Javier: «La nueva regulación comunitaria en materia de sucesiones», en *AC*, núm. 2, 2013.
- CERVILLA GARZÓN, M.^a Dolores: «Los acreedores del causante antes de la partición: responsabilidad de los coherederos», en *AC*, núm. 1, 2013.

- GARCÍA PRESAS, Inmaculada: «Visión comparativa del derecho de sucesiones entre la normativa gallega y la estatal», en *AC*, núm. 3, 2013.
- GUTIÉRREZ JÉREZ, Luis Javier: «Las formas de sucesión en el Código civil español», en *AC*, núm. 21-22, 2012.
- LLANA VICENTE, Marino de la: «La aplicación retroactiva de la Ley de igualdad del hombre y de la mujer en la sucesión en los títulos nobiliarios», en *La Ley*, 8045, 2013.
- MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda: «La transmisión mortis causa de los derechos de explotación devengados de las creaciones literarias, artísticas y científicas: controversias testamentarias en materia de propiedad intelectual», en *RCDI*, núm. 736, 2013, pp. 1151 ss.
- PARDO MAYORGA, Cristina: «Algunes qüestions entorn a la preterició errònia a l'ordenament català», en *RJC*, núm. 3, 2012, pp. 667 ss.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «Fideicomiso constituido por testamento: una mirada desde el Derecho latinoamericano», en *RGLJ*, núm. 1, 2013, pp. 87 ss.
- RAMOS MAESTRE, Aurea: «El derecho de habitación a favor del legitimario discapacitado», en *RDP*, núm. 1, 2013, pp. 5 ss.
- RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia: «Comunidad postganancial, comunidad hereditaria y usucapión», en *RdPat*, núm. 30, 2013, pp. 199 ss.
- RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel: «La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012», en *InDret*, 2013-2.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «El maltrato de obra y las injurias como causales de desheredación», en *La Ley*, 8038 2013.
- «El incumplimiento de deberes conyugales como causa de desheredación», en *La Ley*, 8058, 2013.
- «La desheredación del cónyuge por incumplimiento de los deberes paterno-filiales: (artículo 855.2.º y 3.º del Código Civil)», en *La Ley*, 8079, 2013.
- «Problemática de la partición por causante», en *RCDI*, núm. 737, 2013, pp. 1569 ss.
- «Dolo, fraude, violencia e intimidación: problemática jurídica de los vicios testamentarios», en *RDF*, núm. 57, 2012, pp. 293 ss.
- ROMERO PAREJA, Agustín: «El testamento: validez y revocación», en *AC*, núm. 4, 2013.
- «Exclusión de herederos», en *La Ley*, 7995, 2013.
- RUBIO TORRANO, Enrique: «Reglamento europeo de sucesiones», en *ACM*, vol. 2, núm. 1, 2013, pp. 17 ss.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: «El retracto de coherederos del art. 1067 del Código Civil», en *AC*, núm. 4, 2013.

TARABAL BOSCH, Jaume: «La successió intestada dels parents col·laterals al Codi civil de Catalunya», en *InDret*, 2013-2.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- ÁLVAREZ VEGA, M.^a Isabel: «La marca de garantía como signo de reputación y garante de la demanda cautiva», en *RdPat*, núm. 30, 2013, pp. 23 ss.
- CACHAFEIRO GARCÍA, Fernando: «Definición del mercado relevante por el Tribunal Supremo: a propósito de la Sentencia Excursiones Puerto de Sóller», en *GJ*, núm. 31, 2013, pp. 55 ss.
- COSTAS RODAL, Lucía: «La Nueva Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *ACM*, vol. 2, núm. 7, 2012, pp. 27 ss.
- DÍEZ ESTELLA, Fernando, CRESPO LASSO DE LA VEGA, Diego: «La no deseable injerencia del Gobierno en la Economía y la Competencia: reflexiones al hilo de la operación de concentración La Sexta y Antena 3», en *GJ*, núm. 31, 2013, pp. 11 ss.
- GILI SALDAÑA, M.^a Angels: «Las cláusulas de cambios adversos relevantes en las adquisiciones de empresas», en *InDret*, 2013-1.
- MALDONADO MOLINA, Francisco Javier: «Sentencia de 18 de mayo de 2012. Inexistencia de restricción a la libre competencia en pacto accesorio de no competir incluido en contrato de transmisión de participaciones sociales», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 223 ss.
- MARTÍNEZ MULERO, Víctor: «Ejercicio de potestades por parte de empresas públicas o privatizadas y problemas que plantea en materia de defensa de la competencia y sociedades de capital», en *RDM*, núm. 286, 2012, pp. 213 ss.
- NAVARRO VARONA, Edurne y RAMBAL, Marcos: «La aplicación de las normas de defensa de la competencia a las Administraciones Públicas que no actúan como operadores económicos en el mercado», en *GJ*, núm. 31, 2013, pp. 23 ss.
- PATIÑO ALVÉS, Beatriz: «El jurado de la publicidad: medidas sancionadoras a los no asociados», en *ACM*, vol. 1, núm. 11, 2013, pp. 91 ss.
- PEDRAZ CALVO, Mercedes: «Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en materia de defensa de la competencia. Enero a octubre 2012», en *GJ*, núm. 31, 2013, pp. 35 ss.
- PÉREZ CARRILLO, Elena F.: «Privatización por venta de empresas en la Unión Europea», en *RCD*, núm. 112, 2013, pp. 37 ss.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, Patricia: «La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust», en *InDret*, 2013-1.

- REY SALGADO, José M.^a del: «Asunto Post Danmark: útiles clarificaciones del TJUE sobre el abuso de posición de dominio», en *GJ*, núm. 31, 2013, pp. 65 ss.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Carmen: «Estudio jurídico de la ética profesional en el mercado de valores», en *RDBB*, núm. 129, 2013, pp. 103 ss.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, José Antonio: «Libre competencia y Tribunales Superiores de Justicia: recomendaciones colectivas de precios y aplicación uniforme del Derecho de la competencia», en *GJ*, núm. 32, 2013, pp. 11 ss.
- RUÍZ PERIS, Juan Ignacio: «La reforma institucional del Derecho de la competencia español (I)», en *La Ley*, 8002, 2013.
- «La reforma institucional del Derecho de la competencia español (II)», en *La Ley*, 8015, 2013.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: «Sentencia de 20 de julio de 2012. Derecho de elevación de renta consecuencia de la fusión de la empresa arrendataria», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 443 ss.
- VARGAS VASSEROT, Carlos: «Empresas de base tecnológica “(SPIN-OFFS)” académicas: especial referencia a las lagunas y contradicciones de su regulación», en *RDM*, núm. 285, 2012, pp. 65 ss.
- VALDÉS BURGUI, Ángel y FAURA ENRÍQUE, Pablo: «Intercambios ilícitos de información entre competidores: límites y conexión con los cárteles y la clemencia», en *GJ*, núm. 32, 2013, pp. 28 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

- ABDALA, Martín E.: «Prescripción de la responsabilidad de los administradores societarios en el derecho argentino», en *RDP*, núm. 3, 2013, pp. 77 ss.
- ALONSO LEDESMA, Carmen: «La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios», en *RDM*, núm. 287, 2013, pp. 89 ss.
- ANDREU MARTÍ, M.^a del Mar: «La constitución de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España y su relieve registral», en *RCDI*, núm. 736, 2013, pp. 957 ss.
- BERTOLOTTI, Gianluca: «La falta de ejecución de las aportaciones en la sociedad de responsabilidad limitada», en *RDS*, núm. 39, 2012, pp. 281 ss.
- CASTAÑER CODINA, Joaquim: «La solución extrajudicial de controversias acerca del tipo de canje en la fusión y escisión de sociedades de capital», en *RDS*, núm. 39, 2012, pp. 129 ss.
- CRUZ RIVERO, Diego: «La junta general de las sociedades de capital no cotizadas. Modificaciones introducidas por la Ley de sociedades de capital y sus reformas posteriores», en *RDS*, núm. 39, 2012, pp. 51 ss.
- DÍAZ MORENO, Alberto y JUSTE MENCÍA, Javier: «Apuntes de urgencia sobre la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de

información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital», en *RDS*, núm. 39, 2012, pp. 199 ss.

ESTEBAN RAMOS, Luisa M.^a: «El derecho de oposición de los acreedores sociales en las operaciones de modificación estructural tras la reforma operada por la Ley 1/2012, de 22 de Junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital», en *RDS*, núm. 39, 2012, pp. 243 ss.

FUENTES NAHARRO, Mónica: «El accionista “depredador”. Un acercamiento a la figura y su problemática a partir de la experiencia comparada», en *RDBB*, núm. 128, 2012, pp. 7 ss.

GADEA SOLER, Enrique: «La determinación del resultado y la distribución de los excedentes o la imputación de las pérdidas del ejercicio económico en las sociedades cooperativas», en *RDS*, núm. 39, 2012, pp. 257 ss.

GALLEGO CÓRCOLES, Ascensión: «La Junta General post-OPA en Derecho español», en *RDS*, núm. 39, 2012, pp. 161 ss.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada», en *ADCon*, núm. 28, 2013, pp. 31 ss.

GÓMEZ-RIESCO TABERNEIRO DE PAZ, José M.^a: «Adquisición onerosa de participaciones propias, reducción de capital y protección de acreedores», en *CDC*, núm. 58, 2012, pp. 315 ss.

— «Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de mayo de 2012 sobre “Régimen jurídico de la sociedad mercantil municipal”. La certificación del secretario judicial y el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil», en *CDC*, núm. 58, 2012, pp. 371 ss.

HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «La posición jurídica del administrador con cargo caducado», en *CDC*, núm. 58, 2012, pp. 211 ss.

— «Notas para una propuesta de estatuto jurídico del socio controlador en las sociedades de capital», en *RdPat*, núm. 29, 2012, pp. 237 ss.

JUAN Y MATEU, Fernando: «El anuncio de OPA voluntaria», en *RDM*, núm. 285, 2012, pp. 29 ss.

JUSTE MENCÍA, Javier y DÍAZ MORENO, Alberto: «Apuntes de urgencia sobre la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital», en *RDS*, núm. 39, 2012, pp. 199 ss.

LUCEÑO OLIVA, José Luis: «La celebración de la junta general por videoconferencia en la SRL: a propósito de la RDGRN de 19 de diciembre de 2012», en *La Ley*, 8058, 2013.

MARQUÉS MOSQUERA, Cristina: «Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de enero de 2012: el NIE de los consejeros», en *CDC*, núm. 58, 2012, pp. 383 ss.

MORELL RAMOS, Jorge y FRANCH FLUXÁ, Juan: «Página web y sociedades de capital, ¿un nuevo derecho mercantil 2.0?», en *RDM*, núm. 286, 2012, pp. 151 ss.

- PARRAS MARTÍN, Alfonso: «Sentencia de 18 de julio de 2012. Delimitación del objeto social en las sociedades profesionales», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 431 ss.
- PÉREZ MILLÁN, David: «La subordinación de créditos y los pactos de socios», en *RDCP*, núm. 18, 2013, pp. 143 ss.
- PÉREZ MORIONES, Aránzazu: «Acerca del complemento de convocatoria de Junta General», en *RDP*, núm. 1, 2013, pp. 61 ss.
- «La necesaria constancia de la aceptación unánime de la celebración de la reunión para la válida constitución de junta universal», en *ACM*, vol. 2, núm. 1, 2013, pp. 71 ss.
- PÉREZ RAMOS, Carlos: «La responsabilidad de los socios de una sociedad en formación por actos no incluidos en el objeto social», en *CDC*, núm. 58, 2012, pp. 303 ss.
- PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco: «Canje de participaciones preferentes por acciones y efectos sobre la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento», en *La Ley*, 8036, 2013.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Reestructuración de sociedades de capital y abuso de minorías», en *RDBB*, núm. 129, 2013, pp. 7 ss.
- RECAMÁN GRAÑA, Eva: «La responsabilidad de los administradores en relación con la determinación del tipo de canje en la fusión», en *RDS*, núm. 39, 2012, pp. 107 ss.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel: «El representante del administrador persona jurídica», en *RDBB*, núm. 128, 2012, pp. 35 ss.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia: «Instrumentos de tutela de los acreedores sociales en las operaciones de escisión», en *RDS*, núm. 39, 2012, pp. 19 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: «Sentencia de 20 de julio de 2012. Derecho de elevación de renta consecuencia de la fusión de la empresa arrendataria», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 443 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «Crisis económica y gobierno corporativo», en *RDM*, núm. 287, 2013, pp. 63 ss.
- TORRUBIA CHALMETA, Blanca: «La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: carácter sancionador y encaje con las acciones societarias», en *RDM*, núm. 287, 2013, pp. 211 ss.
- VERDÚ CAÑETE, M.^a José: «El derecho de suscripción preferente en sociedades profesionales», en *RDS*, núm. 39, 2012, pp. 229 ss.
- VICENT CHULIÁ, Francisco: «Notas sobre convocatoria e información previa a la Junta en la Sociedad cotizada española», en *RDM*, núm. 287, 2013, pp. 29 ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- LÓPEZ GALDÓS, Marianela: «Proyecto de Ley para la Creación de la Comisión de Mercados y Competencia: comentario desde una perspectiva institucional comparada», en *GJ*, núm. 31, 2013, pp. 91 ss.
- PADRÓS I REIG, Carlos: «La relevancia de la «culpa in vigilando» en la regulación y supervisión financiera y bancaria», en *RDBB*, núm. 128, 2012, pp. 115 ss.
- VICENT CHULIÁ, Francisco: «La Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, y la sociedad de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria», en *RDCP*, núm. 18, 2013, pp. 23 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

- EMPARANZA SOBEJANO, Alberto: «Autonomía privada y régimen jurídico del contrato de transporte por carretera: las condiciones generales de IRU (International Road Union Transportó) y la orden FOM/1882/2012 de 1 de agosto», en *RDM*, núm. 286, 2012, pp. 25 ss.
- FRANCH FLUXÁ, Juan y MORELL RAMOS, Jorge: «Página web y sociedades de capital, ¿un nuevo derecho mercantil 2.0?», en *RDM*, núm. 286, 2012, pp. 151 ss.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza: «La compraventa mercantil», en *RDM*, núm. 287, 2013, pp. 9 ss.
- GÁLVEZ PASCUAL, Josep: «La protección de consumidores y usuarios en la contratación de permuta financiera o swap», en *ACM*, vol. 1, núm. 9, 2013, pp. 101 ss.
- LARA GONZÁLEZ, Rafael: «La problemática jurídica actual de las líneas de crédito: *swaps* y concurso de acreedores», en *ACM*, vol. 1, núm. 9, 2013, pp. 69 ss.
- LLORENTE GONZALVO, Miguel: «Sentencia del Tribunal Supremo 4403/2012, de 11 de junio de 2012, sobre el contrato de «lobbying»: su admisibilidad en nuestro sistema», en *CDC*, núm. 58, 2012, pp. 391 ss.
- MARÍN HITA, Luis José: «Sentencia de 31 de mayo de 2012. Contrato de agencia: Indemnización por clientela y criterios para su determinación. Obligado a su pago tras cesión del contrato», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 303 ss.
- MARÍN NARROS, Héctor: «Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los *swaps*», en *RCDI*, núm. 737, 2013, pp. 1477 ss.
- MARTÍ VIRAVALLS, Jaume: «Contratos para la internacionalización de las redes de franquicia», en *RCD*, núm. 112, 2013, pp. 87 ss.
- MARTÍNEZ BALMASEDA, Arantza: «Las nuevas funciones de las cuentas en participación», en *CDC*, núm. 58, 2012, pp. 249 ss.

- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo: «Algunas consideraciones sobre la ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías: en particular, el régimen jurídico de las reservas y reclamaciones», en *RdPat*, núm. 29, 2012, pp. 107 ss.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «El arbitraje en España. Impacto de la Ley 11/2011, de la reforma de la Ley 60/2003», en *RJC*, núm. 4, 2012, pp. 1005 ss.
- PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.^a Concepción: «La cuenta corriente a la luz de la Ley de Servicios de Pago (y de las normas de transparencia)», en *RDBB*, núm. 129, 2013, pp. 77 ss.
- PELAYO JIMÉNEZ, Ramón C.: «En torno a la medida cautelar de suspensión de la ejecución de los “avales a primer requerimiento”», en *RDM*, núm. 287, 2013, pp. 129 ss.
- PÉREZ CONESA, Carmen: «Imprudencia del cobro de comisión por cancelación ante la extinción de contrato concertado con entidad bancaria. Interpretación de los contratos. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2012», en *ACM*, vol. 2, núm. 1, 2013, pp. 45 ss.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: «Sentencia de 2 de julio de 2012. Pagaré endosado, “exceptio doli” y falta de causa», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 417 ss.
- ZURITA HERRERA, Pedro: «Duración y extinción del contrato de distribución en el proyecto de ley del contrato de distribución», en *RdPat*, núm. 29, 2012, pp. 363 ss.

DERECHO CONCURSAL

- ALCOVER GARAU, Guillermo: «Aproximación al régimen jurídico de los concursos sin masa», en *ADCon*, núm. 28, 2013, pp. 11 ss.
- ARTETA FREIRE, José M.: «La ineficacia relativa del pacto de non cedendo y la acción de los subcontratistas en el concurso: Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de marzo de 2012 (JUR 2012\169685; Magistrado Ponente: Luis Garrido Espá)», en *InDret*, 2013-2.
- BONARDELL LENZANO, Rafael y CABANAS TREJO, Ricardo: «Modificaciones estructurales en el concurso de acreedores», en *RDCP*, núm. 18, 2013, pp. 93 ss.
- BUSTILLO TEJEDOR, Luis L.: «El concurso de acreedores: cuestiones de interés notarial», en *CDC*, núm. 58, 2012, pp. 341 ss.
- CABANAS TREJO, Ricardo y BONARDELL LENZANO, Rafael: «Modificaciones estructurales en el concurso de acreedores», en *RDCP*, núm. 18, 2013, pp. 93 ss.
- CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, Javier y URÍA FERNÁNDEZ, Francisco: «El nuevo régimen de las refinanciaciones y reestructuraciones ante el concurso», en *RDCP*, núm. 18, 2013, pp. 127 ss.

- DÍAZ MORENO, Alberto: «Reconocimiento de créditos y fases del concurso en el procedimiento ordinario», en *RdPat*, núm. 29, 2012, pp. 207 ss.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, M.^a del Pino: «Carácter excepcional del derecho a alimentos en la Ley Concursal», en *RCDI*, núm. 736, 2013, pp. 991 ss.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLES, José Antonio: «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada», en *ADCon*, núm. 28, 2013, pp. 31 ss.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Sentencia de 12 de abril de 2012. Acción de reintegración concursal: restitución de prestaciones y rescisión parcial», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 14731 ss.
- HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: «La acción de desahucio por impago de rentas en situación de concurso del arrendatario», en *ADCon*, núm. 28, 2013, pp. 61 ss.
- IRIBARREN BLANCO, Miguel: «El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales», en *ADCon*, núm. 28, 2013, pp. 19 ss.
- JACQUET YESTE, Teodora: «Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio», en *RDCP*, núm. 18, 2013, pp. 107 ss.
- JEREZ DELGADO, Carmen: «La restitución de los enriquecimientos causados por el deudor en patrimonio de tercero: una ampliación del marco de la reintegración de la masa activa del concurso», en *ADCon*, núm. 28, 2013, pp. 69 ss.
- LARA GONZÁLEZ, Rafael: «La problemática jurídica actual de las líneas de crédito: swaps y concurso de acreedores», en *ACM*, vol. 1, núm. 9, 2013, pp. 69 ss.
- LYCZKOWSKA, Karolina Maja: «Sentencia de 20 de junio de 2012. La resistencia concursal de la prenda financiera», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 395 ss.
- MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, Fernando: «Responsabilidad concursal», en *ADCon*, núm. 28, 2013, pp. 103 ss.
- MARINA GARCÍA TUÑÓN, Ángel: «Información financiera y preconcursalidad», en *RDCP*, núm. 18, 2013, pp. 67 ss.
- MARTÍN MORAL, M.^a Flora: «Sentencia de 28 de marzo de 2012. La oposición a la aprobación judicial del convenio concursal: la legitimación activa y la naturaleza plazo para formular oposición. La prohibición de los convenios de liquidación global del patrimonio del concursado», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 131 ss.
- MIRALBELL GUERIN, Luis M.^a: «Otra vez la responsabilidad concursal de los administradores: resurge en parte la polémica», en *La Ley*, 7998, 2013.
- MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel: «Sentencia de 5 de mayo de 2012. La calificación concursal como subordinados de los créditos por intereses», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 199 ss.

- MORENO SERRANO, Enrique: «Solicitud de concurso y refinanciación de deuda en sociedades de capital: órgano legitimado», en *RDCP*, núm. 18, 2013, pp. 201 ss.
- MOYA BALLESTER, Jorge: «La conclusión de los concursos sin masa de las sociedades de capital», en *ADCon*, núm. 28, 2013, pp. 121 ss.
- MÚÑOZ BENAVIDES, Carmen: «La ejecución de las garantías financieras en el ámbito del concurso de acreedores», en *La Ley*, 8064, 2013.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «La reforma de la ley concursal», en *RDM*, núm. 285, 2012, pp. 11 ss.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: «La responsabilidad concursal tras la Ley 38/2011 de reforma de la Ley concursal», en *RDCP*, núm. 18, 2013, pp. 51 ss.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «Consideraciones en torno al concepto de «interés del concurso», en *RdPat*, núm. 30, 2013, pp. 63 ss.
- TORAL LARA, Estrella: «Sentencia de 7 de marzo de 2012. Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos recíprocos con obligaciones pendientes a cargo de las dos partes contratantes. Aplicación del art. 61.2 de la Ley concursal», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 103 ss.
- URÍA FERNÁNDEZ, Francisco y CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, Javier: «El nuevo régimen de las refinanciaciones y reestructuraciones ante el concurso», en *RDCP*, núm. 18, 2013, pp. 127 ss.
- VIÑUELAS SANZ, Margarita: «Inmunidad a la rescisión y prededucción de la nueva financiación en la Ley 38/2011: (intereses en juego y opciones de política legislativa)», en *RDCP*, núm. 18, 2013, pp. 181 ss.
- ZUMAQUERO GIL, Laura: «La responsabilidad civil de los administradores concursales», en *InDret*, 2013-1.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «Procedimiento administrativo y suspensión cautelar de planes urbanísticos (reflexiones a la vista de los conflictos sobre existencia y disponibilidad de recursos hídricos)», en *RDU*, núm. 80, 2013, pp. 45 ss.
- AGUIRRE FERNÁNDEZ, Basilio Javier: «Novedades introducidas por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, en materia urbanística: silencio administrativo, declaraciones de obra nueva, complejos inmobiliarios, disciplina urbanística y protección de los terceros en caso de demolición», en *RCDI*, núm. 736, 2013, pp. 889 ss.
- ALLI ARANGUREN, Juan Cruz: «Régimen de valoraciones de la Ley del Suelo conforme al Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre (parte 1)», en *RDU*, núm. 77, 2012, pp. 29 ss.; y (parte 2)», en *RDU*, núm. 78, 2012, pp. 13 ss.

- ALONSO IBÁÑEZ, M.^a del Rosario: «De la política urbanística a la política urbana: los retos actuales del Derecho urbanístico», en *RDU*, núm. 77, 2012, pp. 13 ss.
- BEDOYA FRUTOS, C.; RIVELA CARBALLAL, B. y GARCÍA SANTOS, A.: «El reto de la sostenibilidad en construcción: procesos normativos en desarrollo y herramientas disponibles», en *RDU*, núm. 79, 2013, pp. 149 ss.
- BENSUAN MARTÍN, M.^a del Pilar: «La contaminación lumínica: legislación del siglo XXI para un problema surgido en el siglo XX», en *RDU*, núm. 78, 2012, pp. 105 ss.
- BLASCO ESTEVE, Avelino: «El suelo urbano, los asentamientos en el medio rural y la regularización de urbanizaciones en la ley balear 7/2012», en *RUE*, núm. 27, 2013, pp. 17 ss.
- BLÁZQUEZ ALONSO, Noemí y PICÓ BARANDIARÁN, Elena: «La regulación de los suelos contaminados en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados», en *RDU*, núm. 79, 2013, pp. 117 ss.
- CALATAYUD PRATS, Ignacio: «Las autorizaciones previas turísticas en Canarias y la posible vulneración de la Directiva de Servicios», en *RDU*, núm. 79, 2013, pp. 85 ss.
- CEBRIÁN DOMÍNGUEZ, Ernesto: «En torno al almacenamiento de energía eléctrica», en *RDU*, núm. 78, 2012, pp. 57 ss.
- CUESTA REVILLA, José y MARTÍN VALDIVIA, Salvador M.^a: «Las nuevas políticas públicas de ejecución urbanística en la ley andaluza 2/2012: la adaptación de la LOUA a la legislación estatal de suelo (y II)», en *RUE*, núm. 26, 2012, pp. 77 ss.
- ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor Manuel y GUERRERO MANSO, Carmen: «La impugnación directa en vía administrativa de los instrumentos de planeamiento urbanístico», en *RUE*, núm. 26, 2012, pp. 181 ss.
- GARCÍA ERVITI, Federico: «El Reglamento de Valoraciones de la Ley del Suelo: una visión general», en *RDU*, núm. 79, 2013, pp. 63 ss.
- GARCÍA GARRO, M.^a Aránzazu: «Alcance de la situación de fuera de ordenación», en *RUE*, núm. 27, 2013, pp. 153 ss.
- GARCÍA SANTOS, A.; BEDOYA FRUTOS, C. y RIVELA CARBALLAL, B.: «El reto de la sostenibilidad en construcción: procesos normativos en desarrollo y herramientas disponibles», en *RDU*, núm. 79, 2013, pp. 149 ss.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.: «Cuestiones problemáticas de protección del litoral en el proyecto de ley de reforma de la ley de costas», en *RUE*, núm. 26, 2012, pp. 53 ss.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Pedro Mateo: «Urbanismo: pionero en el nuevo modelo de control de las competencias locales», en *RDU*, núm. 77, 2012, pp. 139 ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago José: «Recepción de obras y entidades urbanísticas de conservación, un tema de actualidad», en *RDU*, núm. 79, 2013, pp. 45 ss.

- GUERRERO MANSO, Carmen y ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor Manuel: «La impugnación directa en vía administrativa de los instrumentos de planeamiento urbanístico», en *RUE*, núm. 26, 2012, pp. 181 ss.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: «Crítica civil a las demoliciones derivadas de la anulación de licencias: la aplicación del art. 34 L. H.», en *RUE*, núm. 26, 2012, pp. 23 ss.
- JIMÉNEZ BUESO, Álvaro: «Estudio de reciente jurisprudencia en materia de planeamiento urbanístico», en *RDU*, núm. 80, 2013, pp. 13 ss.
- «Evaluación ambiental estratégica del planeamiento urbanístico que habilita el uso del suelo para la implantación de estaciones base de telefonía móvil: reflexiones en torno a la STS de 9 de junio de 2012», en *RUE*, núm. 26, 2012, pp. 151 ss.
- MARTÍN VALDIVIA, Salvador M.^a: «La protección del litoral andaluz y otras medidas urbanísticas de urgencia: entre la necesidad y el oportunismo», en *RUE*, núm. 27, 2013, pp. 51 ss.
- MARTÍN VALDIVIA, Salvador M.^a y CUESTA REVILLA, José: «Las nuevas políticas públicas de ejecución urbanística en la ley andaluza 2/2012: la adaptación de la LOUA a la legislación estatal de suelo (y II)», en *RUE*, núm. 26, 2012, pp. 77 ss.
- MELERO ALONSO, Eduardo: «El nuevo modelo de gestión de los servicios públicos del agua en la Comunidad de Madrid. La privatización de la financiación de Canal de Isabel II Gestión S.A.», en *RDU*, núm. 81, 2013, pp. 151 ss.
- MUNAL FULLANA, Jaume: «Una aproximación al régimen del suelo urbanizable en la ley balear 7/2012, de 13 de junio, de medidas urgentes para la ordenación urbanística sostenible», en *RUE*, núm. 27, 2013, pp. 117 ss.
- PAREJO ALFONSO, Luciano: «La ordenación urbanística en Alemania (Parte I)», en *RDU*, núm. 81, 2013, pp. 13 ss.
- PICÓ BARANDIARÁN, Elena y BLÁZQUEZ ALONSO, Noemí: «La regulación de los suelos contaminados en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados», en *RDU*, núm. 79, 2013, pp. 117 ss.
- PUCHALT RUIZ, Marc: «La imposibilidad de desistir de la tramitación de un instrumento de planeamiento una vez elevado para su aprobación definitiva: comentario crítico a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2009», en *RDU*, núm. 80, 2013, pp. 133 ss.
- RIVELA CARBALLAL, B., BEDOYA FRUTOS, C. y GARCÍA SANTOS, A.: «El reto de la sostenibilidad en construcción: procesos normativos en desarrollo y herramientas disponibles», en *RDU*, núm. 79, 2013, pp. 149 ss.
- ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo: «Acotaciones al texto del Proyecto de Ley de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas: un texto manifiestamente mejorable», en *RDU*, núm. 81, 2013, pp. 83 ss.
- RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel: «Reflexiones sobre los criterios de determinación del justiprecio en las expropiaciones ordinarias», en *RUE*, núm. 26, 2012, pp. 119 ss.

- TEJEDOR BIELSA, Julio César: «La contratación de la obra de urbanización en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *RDU*, núm. 80, 2013, pp. 103 ss.
- TRIAS PRATS, Bartomeu: «Reserva de suelo para vivienda protegida y uso residencial dotacional», en *RDU*, núm. 77, 2012, pp. 159 ss.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos: «El urbanismo supramunicipal», en *RDU*, núm. 79, 2013, pp. 13 ss.
- YÁÑEZ, Ana: «De los conjuntos históricos a los paisajes culturales urbanos», en *RUE*, núm. 27, 2013, pp. 91 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- ARROYO JIMÉNEZ, Luis: «Hacia la normalización constitucional del derecho de la Unión Europea. (A propósito de la STC 145/2012, de 2 de julio)», en *REDE*, núm. 45, 2013, pp. 139 ss.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando y OLARIU, Ozana: «La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo», en *InDret*, 2013-1.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: «Sentencia de 2 de mayo de 2012. Alcance de la protección de la Directiva de programas de ordenador (cuestión prejudicial ante el TJUE)», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 177 ss.
- GIMÉNEZ GLUCK, David: «La discriminación múltiple en el Derecho de la Unión», en *REDE*, núm. 45, 2013, pp. 113 ss.
- GREGORIO MERINO, Alberto de: «El Derecho de la Unión y el Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza en la Unión Económica y Monetaria», en *REDE*, núm. 45, 2013, pp. 27 ss.
- IRURZUN MONTORO, Fernando: «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: una crónica inacabada», en *REDE*, núm. 45, 2013, pp. 9 ss.
- JANER TORRENS, Joan David: «La tutela de los derechos fundamentales en la adopción de medidas sancionadoras por la Unión Europea», en *RDCE*, núm. 43, 2012, pp. 773 ss.
- PÉREZ CARRILLO, Elena F.: «Privatización por venta de empresas en la Unión Europea», en *RCD*, núm. 112, 2013, pp. 37 ss.
- RAMOS MUÑOZ, David: «Abuso del derecho, transacciones transfronterizas y la construcción del Mercado Interior y de la UE. ¿Un equilibrio imposible?», en *REDE*, núm. 44, 2012, pp. 61 ss.
- RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel: «La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012», en *InDret*, 2013-2.
- RUBIO TORRANO, Enrique: «Reglamento europeo de sucesiones», en *ACM*, vol. 2, núm. 1, 2013, pp. 17 ss.
- SOTO MOYA, Mercedes: «Libre circulación por el territorio de la Unión Europea de los matrimonios del mismo sexo celebrados en España», en *RDCE*, núm. 43, 2012, pp. 807 ss.

DERECHO PROCESAL

- ANCHÓN BRUÑÉN, M.^a José: «Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013», en *La Ley*, 8065, 2013.
- BONILLO GARRIDO, Luis: «El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución», en *La Ley*, 8070, 2013.
- COBAS COBIELLA, M.^a Elena: «Jurisdicción voluntaria y modernización de la justicia: algunos apuntes sobre el tema?», en *RdPat*, núm. 29, 2012, pp. 153 ss.
- CORDÓN MORENO, Faustino: «Sentencia de 18 de junio de 2012. Fundamentación jurídica de la demanda y “causa petendi”», en *CCJC*, núm. 91, 2013, pp. 377 ss.
- GIMENO SENDRA, José Vicente: «Los convenios arbitrales de adhesión y su impugnación jurisdiccional (1)», en *La Ley*, 8089, 2013.
- HERRANZ BALLESTEROS, Mónica: «Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los Derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores», en *REDE*, núm. 44, 2012, pp. 41 ss.
- MARTÍN PASTOR, José: «Pretensiones procesales ejercitables en el proceso judicial de revisión de la calificación registral negativa o de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *RCDI*, núm. 736, 2013, pp. 689 ss.
- MÚÑOZ ARANGUREN, Arturo: «Las posibilidades de oposición ante una ejecución provisional de condena dineraria instada por un litigante insolvente», en *La Ley*, 8041, 2013.
- PÉREZ VAN KAPPEL, Antonio: «La posición procesal del Derecho nacional en el procedimiento de casación ante el Tribunal de Justicia UE tras las sentencias Edwin (C-263/09 P) y Comisión c. Gibraltar (C-106/09 P y C-107/09 P)», en *REDE*, núm. 44, 2012, pp. 125 ss.
- SOSPEDRA NAVAS, Francisco José: «Las bases mínimas del estatuto del Juez europeo y su proyección en el ámbito comparado e interno», en *REDE*, núm. 44, 2012, pp. 9 ss.

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
ACM	Aranzadi Civil-mercantil. Revista doctrinal
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
DN	Derecho de los Negocios

DPC	Derecho Privado y Constitución
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
GJ	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
PDD	Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
RDC	Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDF	Revista de Derecho de Familia
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDNT	Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías
RdPat	Revista de Derecho Patrimonial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid
RPJ	Revista del Poder Judicial
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

InDret www.indret.com
Diario La Ley

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Gemma MINERO ALEJANDRE.**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

DERECHO DE LA PERSONA

1. Libertad de información, libertad de expresión y derecho a la intimidad personal y familiar.–La libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo.

La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo.

El reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona frente a la acción y al conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida, evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada.

Limitación del derecho a la intimidad personal y familiar por la libertad de información: la técnica de la ponderación.–El derecho a la intimidad personal y familiar se encuentra limitado por las libertades de

expresión e información. La limitación tiene lugar cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual deber ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante la subsunción en ella.

Cuando se trata de la libertad de información la técnica de ponderación exige valorar, en primer lugar, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión y, en segundo lugar, su peso relativo.

Desde el primer punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información sobre el derecho a la intimidad personal por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático. La protección constitucional de la libertad de información alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa.

Desde el punto de vista del peso relativo, la ponderación debe tener en cuenta varias circunstancias: (a) si la información tiene relevancia pública o interés general, en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que desempeñan un cargo público o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales; o se trata simplemente de satisfacer la curiosidad humana por conocer la vida de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones. (b) El requisito de la veracidad resulta de menor trascendencia cuando se afecta al derecho a la intimidad personal que cuando el derecho afectado es el del honor. (c) Cuando la difusión de datos de carácter privado afecta no sólo al personaje público sino también a terceras personas debe valorarse en qué medida la difusión de los datos relativos a estas está justificada por razón de su carácter accesorio en relación con el personaje público al que se refiere, la necesidad de su difusión para ofrecer la información de que se trate y la aceptación por el tercero de su relación con la persona como personaje público. (d) La prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad por cuanto en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público en los aspectos de esta que se difunden y la forma en que tiene lugar la difusión. (e) La ponderación entre los derechos en conflicto debe efectuarse teniendo en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permitan entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico. (STS de 23 de enero de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La actora formuló demanda en defensa de su derecho al honor y a la intimidad personal por la manifestaciones que uno de los demandados realizó sobre algunos aspectos de su vida en común, tales como las relaciones sexuales o determinados rasgos de su carácter que, en su opinión, le hacen parecer una persona

histórica, maniática y tirana y que fueron publicadas por Ediciones Z, bajo la dirección de D. Mateo, ambos también demandados.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda: declaró que los demandados habían vulnerado el derecho a la intimidad personal de la demandante y les condenó a abonar solidariamente la cantidad de 18.000 euros en concepto de daños morales, así como a la publicación de la sentencia en la misma revista en que habían sido publicadas las declaraciones mencionadas.

La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandante, aumentando la cuantía de la indemnización, así como el interpuesto por Ediciones Z y D. Mateo en el sentido de condenar tan solo a la publicación del fallo de la sentencia.

NOTA.—En el artículo «Decadencia del derecho a la intimidad», publicado en el Diario La Ley, núm. 7885, de 21 de junio de 2012, Almagro Nosete recoge una serie de sentencias en las que el Tribunal Supremo, al contrario de lo que sucede en el presente caso, consideró que el titular del derecho a la intimidad había «levantado el velo de la intimidad». (B.G.F.)

2. Eficacia de los actos jurídicos según la ley vigente en el momento de su realización. Calificación de la transmisión de la posesión de título nobiliario por cesión expresa siguiendo el principio de varonía como situación no agotada o consolidada. Retroactividad impropia de ley posterior que establece el principio de primogenitura.— El Tribunal Supremo recuerda la jurisprudencia consolidada que deriva del artículo 2.3 CC y del artículo 9.3 CE el principio de que los actos realizados y derechos adquiridos de conformidad con la ley vigente que les es de aplicación no sufren alteración a consecuencia de una modificación legislativa, salvo que se dispusiera expresamente lo contrario (entre otras, SSTs de 3 de junio de 1995, 16 de mayo de 1996, 24 de octubre de 1997 y 3 de noviembre de 1997). Pues bien, atendiendo a los efectos de la retroactividad, solamente podemos hablar de retroactividad verdadera cuando ésta se refiere a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley, y ya consumadas, mientras que la retroactividad impropia incide sobre situaciones o relaciones actuales aún no concluidas y su licitud o ilicitud resulta de la ponderaciones de bienes en cada caso concreto. En relación con la justificación retroactiva de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios, la STS de 3 de abril de 2008 clarificó que este tipo de bienes eran, por un lado, la seguridad jurídica y, por otro lado, el imperativo que condujo a la modificación del ordenamiento jurídico, así como otras circunstancias del caso. Pues bien, el Tribunal Supremo reitera la doctrina contenida en la sentencia citada en último lugar, en el sentido de afirmar que la cesión de títulos nobiliarios efectuada con arreglo a la legislación vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 33/2006, en la que regía el principio de varonía, se encuentra en el ámbito objetivo de aplicación retroactiva de la DT única, apartado 3 de la citada Ley. Y ello porque entiende que la transmisión de la posesión del título producida por la cesión no es una situación definitivamente agotada o consolidada que impidiese la aplicación retroactiva de esta norma, puesto que la posesión de un título

nobiliario no constituye, por su naturaleza, un derecho incorporado al patrimonio de la persona, sino sólo el reconocimiento de su condición de poseedor, que se desvuelve sin perjuicio de la concurrencia de tercero de mejor derecho. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Supremo se apoya en las siguientes reflexiones: (i) el acto de cesión implica una posesión interina del título, que solamente puede consolidarse mediante la usucapión; y (ii) la cesión no altera el orden de sucesión legal y no crea una nueva cabeza de línea. Son estos dos puntos los que distinguen la cesión de la distribución y convierten a este segundo acto –y no así al primero– en una situación consolidada. El acto de distribución se agota con su ejercicio, como manifiesta la voluntad última del testador, por lo que se abren nuevas líneas al margen de sucesión regular de los títulos y se altera el orden sucesorio vincular, de manera que no puede ser sustituida por otra distribución distinta de la dada por el titular. Sin embargo, en la cesión no hay un acto personalísimo que modifique la línea regular de sucesión, sino una situación de atribución anticipada de la posesión del título que puede ser discutida por otros sujetos con mejor derecho en tanto no opere la usucapión. **(STS de 16 de enero de 2012; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Doña Felisa ejercita una acción contra su hermano menor, varón, D. Miguel Ángel pretendiendo que se declare la nulidad de la cesión del título nobiliario de Marques de A efectuada por la madre de ambos litigantes –anterior poseedora de este título– al demandado, otorgada en escritura pública en 1998. La actora alega que es aplicable la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios y, como consecuencia de ello, la demandante tiene mejor y preferente derecho a la sucesión del título por aplicación del principio de primogenitura. De ahí que la demandante entienda que la cesión de su madre, realizada en base al principio de varonía vigente con anterioridad es nula.

En su contestación a la demanda, el demandado alega que la cesión sí fue consentida por la demandante, ya que ésta no recurrió la resolución del Ministerio de Justicia. Además, entiende que la Ley 33/2006 no es aplicable retroactivamente al supuesto enjuiciado.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 72 de Madrid, en sentencia de 2 de noviembre de 2007, desestima la demanda, declarando que la demandante no tenía mejor derecho al título pues no se opuso a la cesión realizada por su madre, sin que pueda entenderse aplicable la Ley 33/2006.

La sentencia de primera instancia fue apelada por la demandante. En su sentencia de 23 de mayo de 2008, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19.^a, desestima el recurso.

Contra esta última sentencia, se interpone por la actora recurso de casación, que es admitido por el Tribunal Supremo, por lo que casa la sentencia recurrida y estima la demanda interpuesta por D.^a Felisa. Con ello, declara la nulidad de la cesión administrativa del título de Marqués efectuada por la madre de los litigantes en favor de su hermano menor y declara el mejor y preferente derecho de D.^a Felisa a poseer el título nobiliario.

NOTA.—Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios establece en su artículo 1.^º que el hombre y la mujer tienen igual derecho a suce-

der en las Grandezas de España y títulos nobiliarios, sin que pueda preferirse a las personas por razón de su sexo en el orden regular de llamamiento. En este sentido, su artículo 2.º declara que dejarán de surtir efectos jurídicos aquellas previsiones de la Real Carta de Concesión del título que excluyan a la mujer de los llamamientos o que prefieran al varón en igualdad de línea y grado o que contradigan de cualquier modo el igual derecho a suceder del hombre y de la mujer. En jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo ya se había reconocido la aplicación de esta ley a aquellos procesos judiciales abiertos antes de la entrada en vigor de esta norma, siempre y cuando no hubiese recaído sentencia firme. Sin embargo, la especialidad del caso que se comenta es que éste tiene su origen en una situación jurídica distinta a los supuestos examinados con anterioridad por el Tribunal Supremo y es que media una cesión del título nobiliario controvertido, hecha por la última poseedora de éste con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 33/2006. Acerca del régimen transitorio introducido por la Ley 33/2006 se aconseja la lectura de E. SERRANO GÓMEZ, «Régimen jurídico de la sucesión en los títulos nobiliarios. Aplicación retroactiva de la Disposición Transitoria Única de la Ley 33/2006 sobre igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios. Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2008», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, M. YZQUIERDO TOLSADA (coord.), 2009, Vol. 2, Dykinson, pp. 143-195; L. RUEDA ESTEBAN, «Los títulos nobiliarios tras la Ley 33/2006», en *Homenaje a D. Juan Francisco Delgado de Miguel*, V. M. GARRIDO DE PALMA (coord.), 2007, Aranzadi, pp. 497-528; E. ARNALDO ALCUBILLA, «Régimen transitorio de la Ley 33/2006 sobre igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios», *Diario La Ley*, núm. 4, 2007, pp. 1353-1357; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Les grandeurs de L'Espagne», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2007, parte Tribuna; pp. 1825-1826; y M. D. CERVILLA GARZÓN, «De nuevo sobre la sucesión en los títulos nobiliarios (¿el punto y final a una absurda polémica?)», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 59/2006, parte Estudios Doctrinales, pp. 201-222. (G.M.A.)

3. Títulos nobiliarios. Principio de propinquidad.—Dicho principio constituye un régimen de sucesión extraordinario para el caso de que se haya agotado las líneas regulares de sucesión.

Este caso excepcional no se da cuando se prueba la existencia de descendientes pertenecientes al orden regular de suceder vinculado al concesionario o al último poseedor conocido y el adquirente por usucapión o uno de sus sucesores directos, pertenecientes a la línea que goza de preferencia en virtud de la usucapión, carezca de descendencia directa. No puede afirmarse que el fallecimiento sin descendientes del poseedor que ha adquirido el título mediante usucapión o de alguno de sus descendientes signifique, por sí misma, la imposibilidad de aplicar las reglas inherentes al orden regular de sucesión, que es la razón histórica y lógica que determina la aplicación del principio de propinquidad. Dado el carácter extraordinario del régimen de propinquidad, agotadas las líneas a las que la usucapión concede preferencia, resulta más acorde con los principios que rigen la sucesión de los títulos nobiliarios reintegrar el título a la línea regular de sucesión sin aplicar el

principio de propinquidad. (STS de 10 de enero de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La cuestión que se plantea en el presente litigio es si ganada la posesión de un título nobiliario por usucapión, la sucesión del título, una vez fallecido sin descendencia directa el poseedor legítimo en virtud de la usucapión, pero subsistiendo descendientes en línea directa del fundador o concesionario, debe seguir la línea regular de sucesión a partir de éste o resolverse con arreglo al principio de propinquidad o proximidad parental al fallecido sin descendencia, poseedor legítimo en virtud de la usucapión.

El demandante, sobrino de la última poseedora legítima del título nobiliario, que lo vino poseyendo durante más de cuarenta años y que murió sin descendencia, solicita el reconocimiento de su mejor derecho a poseer el título frente al demandado, sobrino nieto de la última poseedora, y a quien le había sido cedido por su padre, sobrino también de la última poseedora, pero menor que el demandante.

La aplicación del principio de propinquidad otorgaría mejor derecho al demandante. El Tribunal Supremo, sin embargo, considera que no debe aplicarse el citado principio.

NOTA.—En el presente litigio se plantea una situación idéntica a la examinada por la STS de 19 de noviembre de 2009 (recurso núm. 1885/2003), a la que se remite ampliamente la sentencia aquí analizada. (B.G.F.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

4. Arras. Funciones.—La STS de 27 de octubre de 2010 (núm. 643) distingue las tres funciones que las arras pueden cumplir: «como señal de la celebración de un contrato, en que la cantidad entregada es anticipo o parte del precio (arras confirmatorias), como garantía del cumplimiento o arras penales, que se pierden si el contrato se incumple, pero que no permiten desligarse del mismo; y como arras penitenciales, que son las únicas que permiten resolver o desistir del contrato [...]».

La sentencia de 29 de junio de 2009 distingue las arras penales de las penitenciales: la diferencia reside en que las arras penales se pactan como simple garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, pero no al objeto de que las partes puedan desistir lícitamente del contrato con tal proceder. Ello es posible únicamente mediante el pacto de arras penitenciales.

Interpretación de los contratos: criterios preferentes conforme al artículo 1281 CC.—Dicho precepto contiene los criterios de interpretación preferentes, que son: la intención de los contratantes y la literalidad de las cláusulas. (STS de 22 de febrero de 2012; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El origen del litigio se sitúa en un contrato de compraventa de local de negocio. La parte demandante es la

sociedad compradora, junto a su sociedad matriz; reclaman la resolución del contrato por incumplimiento y la indemnización de daños.

En primera instancia se desestima la demanda; en apelación se confirma este pronunciamiento. La parte demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal, que es desestimado, y recurso de casación, que el Tribunal Supremo estima. Dicha estimación conduce al Alto Tribunal a conocer del fondo del asunto.

El núcleo del litigio está constituido por la interpretación del contrato, en particular de la cláusula en la que las partes pactaron las arras, cuya calificación se discute y que literalmente reza como sigue: «[...] en el caso de que la compraventa no llegare a consumarse por causas imputables a la parte vendedora, la compradora podrá exigir la devolución del duplo de la cantidad entregada en concepto de arras. Si por el contrario la compraventa no llegara a consumarse por causas imputables a la parte compradora, la parte vendedora quedará libre de transmitir las fincas objeto del contrato y hará suya la cantidad entregada en concepto de arras». En el FD.º Primero 2) encontramos información adicional respecto de la cláusula controvertida: (a) parece que las partes califican las arras de «penitenciales»; (b) se pacta que en caso de que se consumara la venta la cantidad entregada formaría parte del precio pactado. Este último pacto conduce a la Audiencia a la conclusión de que no se trata de arras penales. Para el Tribunal Supremo esta interpretación difiere de la verdadera intención de las partes en relación con la literalidad de la cláusula; en palabras del Alto Tribunal, «[C]laramente se desprende del texto que no se trata de unas arras meramente confirmatorias, aunque en caso de cumplimiento hubiera de imputarse su cuantía al pago del precio, sino de unas arras de carácter penal, similares a la cláusula de tal carácter contemplada en el artículo 1152 del Código Civil, pues lo que prevén es la indemnización que ha de satisfacer la parte incumplidora del contrato a la que ha cumplido cuando esta última interese la resolución [...]» (FD.º Quinto).

Constatada la infracción del artículo 1281 CC por la Audiencia y casada, por tanto, la sentencia recurrida, el Tribunal Supremo resuelve sobre el fondo de la cuestión planteada. Como se ha indicado al comienzo, la demanda interesaba la resolución del contrato por incumplimiento de la vendedora y la correspondiente indemnización de daños. Pues bien, considera el Alto Tribunal que la vendedora incumplió, pues vendió el inmueble libre de cargas cuando esto no era así, pues la propiedad del mismo se discutía en un proceso distinto que culminó con la declaración de que la vendedora no era verdadera propietaria del inmueble.

El Tribunal Supremo declara procedente la resolución del contrato, cuyos efectos indemnizatorios son los previstos por la cláusula que contempla las arras, previamente calificadas de penales: la compradora debe, pues, devolver duplicada la cantidad recibida en dicho concepto. (*B. G. F.*)

5. Prohibición del pacto comisorio.—El pacto comisorio es aquel por el cual si no se devuelve una cantidad determinada (del verdadero préstamo), el contratante (prestamista) hace suya la propiedad de una cosa también determinada. Tal pacto incurre en nulidad *ipso iure* conforme al artículo 1859 CC. Un caso típico es la llamada «venta a carta de gracia». Se trata de una compraventa simulada (disimula el préstamo), donde una persona (el supuesto vendedor, realmente prestatario) vende la cosa al comprador (realmente, el prestamista) con un pacto de retro: si en tal plazo no ejercita el retracto (realmente, no devuelve el dinero que se fijó como precio) el comprador (prestamista) adquiere la propiedad de la cosa. Se trata de un pacto comisorio: el prestamista, que aparece como comprador, adquiere la cosa si no se le devuelve, mediante el retracto, la cantidad prestada. Tal pacto comisorio es nulo: el vendedor (prestatario) devolverá el dinero, pero el comprador (prestamista) no adquirirá la cosa. Son muchas las SSTS que declaran la nulidad absoluta del pacto comisorio (de 25 de septiembre de 1986, de 29 de enero de 1996, de 18 de febrero de 1997, de 15 de junio de 1999, de 16 de mayo de 2000, de 10 de febrero de 2005, de 20 de diciembre de 2007, de 26 de abril y de 5 de diciembre de 2001, entre otras).

Doctrina de la simulación relativa.—En los supuestos de simulación relativa, existe una causa expresada que no existe (ej., la del contrato oneroso de compraventa) y otra que se oculta, disimula (ej., la del contrato de préstamo). El negocio aparente no existirá y será válido el disimulado, siempre que reúna los elementos que le son propios (SSTS de 11 de febrero de 2005, de 22 de febrero de 2007 y de 18 de marzo de 2008). (**STS de 27 de enero de 2012**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La Residencial R transmitió unas fincas en contrato de compraventa de 14 de enero de 1993 al primer codemandado C. En dicho contrato se añade un pacto de retro (*«La parte vendedora se reserva el derecho de retraer las fincas vendidas durante el plazo de un año a contar desde hoy y la parte compradora se obliga a retrovenderlas a la indicada parte vendedora, o a quien su derecho represente, si en el término expresado le abona el precio de los cincuenta millones de pesetas, en el que están incluidos todos los gastos»*). La Residencial R interpone demanda suplicando la declaración de nulidad de dicho contrato, por razón de simulación relativa que disimula el verdadero contrato de préstamo con pacto comisorio.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, por entender que concurren todos los elementos del contrato. Según el Juez, nos encontramos ante una auténtica escritura de compraventa con pacto de retro, aunque reconoce que el comprador adquiere la propiedad de la cosa vendida si no se le paga la deuda.

La Audiencia Provincial estimó la demanda en el sentido de declarar la nulidad de la compraventa y del pacto de retro, y la validez de la transmisión formal de la propiedad de las fincas en garantía de la devolución del préstamo. Además de fijar el quantum de la deuda garantizada, declaró que los demandados fueron terceros de buena fe protegidos por la fe pública registral, absolviéndoles de la demanda. Finalmente, declara acreditado que la compraventa de 14 de enero de 1993 era un contrato simulado que encubría un préstamo con pacto comisorio y declaró que no había ningún indicio de mala fe en los demandados.

La sociedad demandante interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo señala que declarar nulo el contrato de compraventa y el pacto de retroventa y válida la transmisión de la propiedad, es un contrasentido. Mantiene la simulación relativa del contrato de compraventa que no es tal, sino un contrato de préstamo y la declaración de nulidad del pacto comisario que se encubre bajo el supuesto pacto de retroventa. Aquel préstamo es válido y la entidad prestamista (demandante) debe devolver la cantidad que le fue prestada, sin que sea válida la transmisión del derecho de propiedad por razón del pacto comisario. Ahora bien, esta transmisión, objeto del pacto comisario, debe ser mantenida en virtud del principio de fe pública registral que proclama el artículo 34 LH respecto a los subadquirentes. En consecuencia, al no poderse restituir las fincas objeto del pacto comisario, procede dar lugar a la petición subsidiaria del suplico de la demanda: el abono del valor de las mismas, que se computará al tiempo en que se haga efectiva. Por tanto, el Tribunal Supremo condena al contratante que hizo suyas indebidamente tales fincas, en virtud del pacto comisario (primer adquirente, no los subadquirentes).

NOTA.—Mediante el *ius distrahendi*, el titular de un derecho real de garantía puede solicitar la realización del valor del objeto gravado, utilizando la cantidad obtenida para extinguir la deuda garantizada incumplida. Una vez vencida la obligación principal, las cosas gravadas podrán ser enajenadas (art. 1558 CC). Esto implica que el acreedor no puede apropiarse directamente de las cosas entregadas en garantía, incluso aunque así se haya acordado por las partes, pues dicho pacto es nulo por ser contrario a la prohibición del pacto comisario (art. 1859 CC). Lo contrario supondría que el acreedor pudiera quedarse con la cosa entregada en garantía incluso aunque su valor fuera superior a lo adeudado, perjudicando no sólo al propio deudor sino también a otros acreedores de éste. No obstante, la prohibición del pacto comisario se suele eludir celebrando distintos negocios con función de garantía (ej.: el reconocimiento, a favor del acreedor, de una opción de compra sobre bienes del deudor por el importe de la deuda, la celebración simulada de una venta con pacto de retro). En este último caso, el vendedor le debe una cantidad de dinero al comprador, normalmente en concepto de préstamo, y en garantía del pago le transmite la propiedad de un bien por un precio equivalente a la cantidad adeudada. El pacto de retro permitirá al vendedor recuperar el bien, reembolsando el precio por él recibido más los intereses. Esta compraventa sería nula por vulnerar la prohibición del pacto comisario, si bien la jurisprudencia admite que bajo esta apariencia quepa encontrar un negocio fiduciario válido de transmisión de un bien en garantía. Por otro lado, cabe destacar que lo prohibido son sólo los negocios previos al impago de la deuda que puedan llevar a la apropiación del bien entregado en garantía por el acreedor, vulnerándose las reglas sobre ejecución de garantías reales. Pero sí serían válidas las daciones en pago convenidas para remediar la falta de cumplimiento exacto de la obligación, aunque podrán ser rescindidas si se realizan en fraude de acreedores (art. 1291.3.º CC). (*S.L.M.*)

6. Infracción, por el arrendatario retrayente, de la prohibición de enajenar durante dos años (LAU/1964). Adquisición por tercero hipotecario. Responsabilidad solidaria del Registrador.—El Registrador de la propiedad debe dejar constancia del ejercicio del derecho de retracto por el arrendatario que adquiere la vivienda haciendo uso del derecho que le reconoce el artículo 51 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos (aprobado por el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre), pues, de otro modo, el tercero no puede tener conocimiento de la limitación que afecta al poder de disponer del bien de dicho arrendatario retrayente durante dos años, conforme a lo dispuesto en el artículo citado. Por consiguiente, corresponde al Registrador de la propiedad que tuvo conocimiento (por la escritura pública de venta) que se adquiriría en ejercicio de un derecho de retracto y, sin embargo, no dejó constancia de ello en el Registro, indemnizar solidariamente con el arrendatario retrayente al demandante perjudicado, cuando sea imposible lograr el pleno efecto resolutorio de las ventas efectuadas debido a la presencia de un tercero hipotecario (art. 296 LH).

Legitimación del comprador inicial para el ejercicio de la acción resolutoria de las ventas celebradas cuando el arrendatario retrayente ha infringido la prohibición de no vender en dos años.—El hecho de que la prohibición prevista en el artículo 51 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 se dirija a evitar la especulación, no supone un obstáculo para considerar al comprador inicial legitimado para resolver, conforme a lo dispuesto en dicho artículo, la compra del arrendatario retrayente y la posterior venta a un tercero (considerando comprador inicial a aquél cuya compra quedó frustrada por el ejercicio del derecho de retracto). Dicha impugnación corresponde, conforme a la ley, a la «parte perjudicada», y no existen obstáculos para considerar como tal, no sólo al arrendador, sino también al potencial comprador cuyo derecho de adquisición quedó frustrado como consecuencia del ejercicio del retracto. (**STS de 11 de enero de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Habiendo sido ejercitada la acción resolutoria de dos contratos consecutivos de compraventa de un inmueble, por infracción de la prohibición de enajenar en los dos años siguientes a la compra, impuesta al arrendatario que ejercitó el derecho de retracto sobre el bien (conforme a lo dispuesto en el art. 51 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964), se solicitó, subsidiariamente, el pago de una indemnización a la parte demandante. En Primera Instancia se desestimó la demanda. Sin embargo, la Audiencia Provincial, revocando parcialmente la anterior, estimó la petición subsidiaria y condenó a la indemnización. La Audiencia corrige la doctrina de Primera Instancia: De un lado, estima la condición de «perjudicado» que había sido negada al demandante (con la consiguiente denegación de la legitimación para el ejercicio de la acción, conforme al citado art. 51); De otra parte, considera no probado que el arrendatario que ejercitó el derecho de retracto «hubiere venido a peor fortuna» y, consiguientemente, declara que no existe eximente de la prohibición y que procedería declarar la resolución de las compraventas efectuadas. No obstante, esta solución no es posible porque el segundo comprador tiene la condición de tercero hipotecario y, la Sala estima, subsidiariamente, la pretensión indemnizatoria a favor de la parte demandante y apelante. Dicha pretensión

indemnizatoria se dirigía, no sólo frente al arrendatario comprador y luego vendedor del inmueble, sino, solidariamente, frente al Registrador de la propiedad, puesto que no dejó constancia de que se había ejercitado el derecho de tanteo y, como consecuencia de dicha omisión, el tercero no tuvo conocimiento de la limitación que afectaba al poder de disponer del transmitente (art. 296 LH). La condena a la indemnización fue solidaria para los codemandados. El Registrador de la propiedad interpuso recurso de casación, que fue desestimado.

NOTA.—La ley aplicable al contrato de arrendamiento origen del litigio (celebrado en abril de 1964) es el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos (aprobado por el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre), conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria 1.ª de dicha Ley (se aplicará a los contratos anteriores) y a la Disposición Transitoria 2.ª de la actual Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (los contratos anteriores al 9 de mayo de 1985 continuarán bajo la Ley de 1964). La LAU de 1994, aunque mantiene el derecho de adquisición preferente a favor del arrendatario (art. 25), no impone la prohibición de disponer durante dos años que encontramos en el artículo 51 de la LAU de 1964. (C.J.D.)

7. Enriquecimiento injustificado: *condictio por intromisión*.—La doctrina más moderna ha distinguido diversos tipos de enriquecimiento injustificado y pretensiones de enriquecimiento que, en buena parte, han sido admitidos por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo.

Cuando el enriquecimiento tiene como supuesto el ejercicio de la facultad de disposición de un bien por quien no es su titular, nos hallamos ante la denominada *condictio por intromisión*: en estos casos la disposición es eficaz en virtud de las reglas de protección del adquirente de buena fe y el disponente *non dominus* debe al *verus dominus* el valor obtenido con la disposición.

Acción de enriquecimiento: requisitos.—Para que pueda interponerse con éxito la acción de enriquecimiento deben concurrir los siguientes requisitos: (a) un aumento del patrimonio del demandado; (b) un correlativo empobrecimiento del demandante; (c) la falta de causa que justifique el enriquecimiento; (d) la inexistencia de un precepto legal que obligue al demandante a tener que soportar el empobrecimiento. Todos ellos concurren en el supuesto resuelto por el Alto Tribunal en la presente sentencia ya que: (a) los vendedores obtuvieron el precio que comprendía más metros cuadrados de los que en realidad eran titulares, ya que cobraron la cantidad correspondiente a la parcela que había sido expropiada; (b) RENFE, al no poder disponer de esos metros cuadrados, no pudo participar en la Junta de Compensación del Proyecto de Compensación; (c) el enriquecimiento de los demandados se produjo por la venta de una cosa ajena en parte; (d) no existe ningún precepto legal que obligue a RENFE a tener que soportar el empobrecimiento.

Un ulterior requisito, cuya exigencia es discutible, es el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento. También en este caso concurre ya que la parcela ha salido definitivamente de quien ha sufrido el empobrecimiento (RENFE), sin posible reivindicación y la única acción que le queda al perjudicado para recuperarla es la de enriquecimiento. No es óbice a lo anterior la estimación parcial del recurso contencioso administrativo interpuesto por RENFE, pues sus consecuencias no van a producir un cambio de titularidad

de los terrenos que son irreivindicables. (STS de 9 de febrero de 2012; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En el presente litigio se trata de determinar si los vendedores de una finca, una parte de la cual había sido expropiada por RENFE, deben indemnizar a ésta por haber dispuesto de la totalidad de la finca como si aún fueran titulares de la parcela expropiada, a favor de tercero que adquiere protegido por el artículo 34 LH, y por tanto, es mantenido en su adquisición frente al propietario real, RENFE, que en consecuencia pierde sus derechos a formar parte de la Junta de Compensación.

RENFE interpone acción de enriquecimiento injusto frente a los vendedores.

Son de importancia los siguientes datos de hechos: (1) el expediente de expropiación no accedió al Registro de la Propiedad; (2) la parcela expropiada se desafectó parcialmente como bien de dominio público. En concreto, la desafección comprendió dos partes: una parcela de 27 metros cuadrados; la parcela de 196 metros cuadrados se desafectó en una capa de suelo de 0,5 metros, pero por debajo de ese espesor seguía manteniendo la calidad de bien de dominio público; (3) RENFE había interpuesto recurso contencioso administrativo contra el acuerdo del Ayuntamiento que aprobó el Proyecto de Compensación pidiendo que se declarara nulo y sin efecto y que se reconociera a RENFE el derecho a integrarse en la Junta de compensación y se le atribuyeran los aprovechamientos urbanísticos correspondientes a la superficie que debía aportar. La Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid estimó parcialmente el recurso declarando que el Proyecto de Compensación debía ser rectificado en el sentido de declarar y reconocer como de titularidad dudosa los terrenos adquiridos por RENFE, mediante expropiación.

NOTA.—Una de las obras de referencia en el tema del que se ocupa la presente sentencia es: Basozabal Arrue, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, 1998. (B. G. F.)

8. Accidente laboral: Lesiones por inhalación de tricloroetileno: Jurisdicción competente: Defecto hecho valer en el proceso.—Como cuestión previa a cualquier otra, debe resolverse la del orden jurisdiccional competente para conocer de lo materialmente planteado en el litigio, pues el artículo 9.6 LOPJ establece que la jurisdicción es improrrogable; este mismo precepto impone la apreciación de oficio de la falta de jurisdicción, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal; idéntica solución se establece para los tribunales civiles en el artículo 38 Lec; y, en fin, esto mismo resulta del pár. 2.º, del apart. 2.º de su artículo 416. Conforme a la doctrina unificadora de la sentencia del Pleno de los Magistrados de esta Sala de 15 de enero de 2008, seguida por otras muchas posteriores (SSTS de 19 de febrero, 16 de abril, 19 de mayo, 4 de junio, 17 de noviembre, y 15 de diciembre de 2008; y 30 de junio de 2009), en el presente caso procede abstenerse de conocer del asunto por corresponder su conocimiento al orden jurisdiccional social, ya que la demanda, dirigida única y exclusivamente contra la empresa empleadora del trabajador lesionado, y causado el daño con ocasión de un accidente en el

trabajo, y vigente el contrato laboral, y discutiéndose la falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. Doctrina jurisprudencial que no ha sido derogada por la Sentencia de Pleno de 11 septiembre 2009, cuya recta interpretación se refiere a los supuestos en que en ninguna instancia ha sido alegada la posible incompetencia de la jurisdicción civil, supuesto de hecho de la presente, en el que no se alegó la falta de competencia en ningún momento (igual que en la STS de 25 de marzo de 2011), siendo contrario al que ahora se trata, pues la falta de competencia fue alegada por la demandada-recurrente, ya desde la contestación a la demanda, y también en la audiencia previa del juicio ordinario (lo que también ocurrió en el caso resuelto por STS de 25 febrero 2010, con solución idéntica). (STS de 27 de febrero de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Hay que reconocer que, pese a lo rotundo de la normas competenciales en vigor, sigue habiendo cierta renuencia por parte de los Tribunales civiles a admitir plenamente la jurisdicción laboral en materia de reclamación de indemnizaciones por causa de accidentes de trabajo, y ello con variedad de argumentos. La extractada no deja, sin embargo, lugar a dudas, como tampoco la sentencia del Pleno de 15 de febrero de 2008, pronto moderada por otra sentencia del Pleno de 11 de septiembre de 2009, cuya significación («recta interpretación») trata de explicarse en la presente. Quizás la más convincente sea la excepción representada por una diversidad de partes demandadas (junto a varios posibles causantes del daño figuran sus aseguradoras). No deja de tener fuerza la antigüedad del proceso por diversidad de causas, que en perjuicio del actor originaría un peregrinaje de jurisdicciones (STS de 15 de octubre de 2009, extr. en ADC, 2011, p. 438 ss.). Menos explicación tiene hablar de «dilaciones indebidas» (así STS de 9 de marzo de 2010, en ADC, 2011, p. 843 ss.; y STS 11 de abril de 2011, en ADC, 2012, p. 912 s.), y ninguna, a mi juicio que ninguna de las partes haya opuesto la excepción de incompetencia en el proceso (STS 16 de octubre de 2009) si se comienza proclamando que la jurisdicción es improrrogable y puede apreciarse de oficio. Este último argumento priva de eficacia a la frecuente alegación de que el proceso se inició cuando prevalecía un diferente criterio. En resumen, un pronunciamiento claro avalado por una argumentación débil. (G.G.C.)

9. Responsabilidad civil derivada de delito: Delitos de estafa y falsedad documental cometidos por director general de IVEX: Compatibilidad entre situaciones de responsabilidad civil subsidiaria y perjudicado por el delito.—Es necesario establecer las siguientes precisiones previas:

(I) La responsabilidad civil subsidiaria se genera por la existencia de responsabilidad penal por parte del acusado, de tal forma que no puede exigirse sin la previa declaración de la existencia de un hecho punible por los Tribunales de la jurisdicción penal. La STS de la Sala 1.^a del de 13 de diciembre de 1996 señala lo siguiente: «la responsabilidad *ex delicto* nace directamente del delito, y queda concretamente definida y consumada su existencia por el solo hecho de la condena penal, sin necesidad de ninguna justificación o prueba, y

este nacimiento se produce aunque después conozca de la misma el Juez Civil, por no haberse sustanciado en el proceso penal; o dicho de otro modo, es una consecuencia obligada nacida directamente de delito». (II) Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se rigen por las disposiciones del Cp. (III) Cuando en el proceso penal el perjudicado no se halla reservado la acción civil para ejercitarla en un proceso civil posterior, o resuelto por la sentencia penal condenatoria, en cuanto a la responsabilidad derivada de delito, según jurisprudencia reiterada es vinculante (cosa juzgada) para la jurisdicción de este orden, al haber quedado ya agotada o consumida ante la jurisdicción penal la acción civil correspondiente. Los posibles defectos de la sentencia penal no pueden ser corregidos en la vía civil, ni, menos aún, las omisiones o defectos de planteamiento de la parte acusadora luego demandante, especialmente si quien se considera perjudicado «tuvo ocasión de hacerlo en el procedimiento penal y, sin embargo, no lo hizo (SSTS de 25 de septiembre de 2000, 13 de mayo de 2004 y 24 de julio de 2008). (IV) Los conceptos de responsable civil subsidiario y tercero perjudicado son compatibles entre sí, de suerte que pueden recaer a un tiempo de una misma persona o entidad. El fundamento de esta compatibilidad se encuentra en la necesidad de que no se celebren varios procesos que puedan originar sentencias contradictorias, lo que constituiría un grave atentado contra la seguridad jurídica. Los diferentes problemas de un mismo acontecimiento o de acontecimientos no separables han de ser objeto del mismo procedimiento para evitar que su tramitación separada de lugar a resoluciones diferentes que pudieran ser contradictorias (SSTS, Sala 2.ª, de 1 de noviembre de 1980, 6 de mayo de 1993 y 31 de marzo de 2006).

Calificación de la acción civil ejercitada: No es la derivada de delito.—

En el presente caso, la sentencia dictada en el proceso penal tiene como base la condena de quien fue director general del avalista de las letras descontadas, IVEX, pero no pertenece a las que, según la doctrina de esta Sala puede vincular a los tribunales de la jurisdicción ordinaria civil en lo que aquí se enjuicia. Es cierto que en el proceso penal previo la demandante no ejercitó ninguna de las acciones que en este pleito formula puesto que fue separada del mismo al haber ejercitado sus acciones en un juicio ejecutivo en el que cobró el importe de las cambiales. Ocurre, sin embargo, que el TC decretó la nulidad de la sentencia en virtud de la cual se había producido el pago y la nueva sentencia dictada en el juicio ejecutivo posterior desestimó la acción ejecutiva formulada por la actora de este proceso, con lo que tuvo que devolver todo lo que había recibido en la ejecución provisional. Es decir, dicha entidad recuperó la condición de perjudicada pero sin tiempo ni ocasión procesal para ejercitar sus derechos en el proceso penal en el que se había personado, en el que tampoco nadie de los que se había personado había ejercitado contra el IVEX como responsable civil subsidiario, lo que le permite hacerlo en este juicio; lo contrario violaría el artículo 24.1 CE. Nada hay que impida, en casos como el presente, a quien no ha cobrado por causas ajenas a su actuación procesal, poder ejercitar las oportunas acciones civiles contra quienes fueron causa del perjuicio económico experimentado, pues contra el IVEX no hubo petición ni consiguientemente pronunciamiento de responsabilidad civil subsidiaria. Lo único que se exige es que se den los requisitos que la ley impone en estos casos contra quien contribuyó a la producción de un resultado económicamente lesivo, lo que propiamente no nace del delito, sino de los hechos que lo constituyen, con el efecto de poder hacerle responsable de la restitución de la cosa y el resarcimiento del perjuicio o daño patrimonial originario (art. 116 CP).

Requisitos de la acción civil ejercitada: Artículo 122 CP: Falta de prueba.—La aplicación del artículo 122 CP sobre el que se sustenta la primera de las acciones ejercitadas, exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1.º) que exista una persona, física o jurídica que hubiere participado en los efectos de un delito o falta, en el sentido de haberse aprovechado de ellos por título lucrativo, por lo que quedan excluidas las adquisiciones en virtud de negocios o susceptibles de esta calificación jurídica; 2.º) el adquirente debe tener meramente conocimiento de la adquisición e ignorar la existencia de la comisión delictiva de donde provienen los efectos, a fin de impedir la aplicación del *crimen receptionis*, en concepto de autor, cómplice y encubridor; 3.º) la valoración antijurídica de la transmisión de los objetos y su reivindicabilidad se ha de hacer de acuerdo con la normativa que regula el tráfico jurídico, y la determinación del resarcimiento se realizará por la cuantía de la participación (STS, Sala 2.ª, de 30 de marzo de 2000, 26 de enero de 2010 y 15 de julio de 2011, entre otras). La atribución a la recurrente de responsabilidad civil por su participación en los efectos del delito a título lucrativo mediante el descuento de letras utilizado para reducir la deuda contraída con ARAB BANK, y por el dinero obtenido por FORD por la compra de productos para obtener derechos de compensación en Túnez pagados con las letras de cambio, encuentran las dificultades propias del ámbito en que se desenvuelven, como es el recurso de casación, puesto que de los hechos probados de la sentencia no se desprende el enriquecimiento que le hayan ocasionado tales operaciones en mérito al cual se postula la condena de la mercantil demandada.

Responsabilidad civil *ex delicto*: Acción todavía vigente contra el IVEX: Quantum indemnizatorio.—Admitiendo, como se ha demostrado, que esta opción procesal era posible, dispone el artículo 120.4 CP que son también responsables civiles, en defecto de los que lo sean criminalmente «las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios». Reiterada jurisprudencia de la Sala 2.ª del TS precisa lo siguiente: « Se regula, con su incorporación al CP, un régimen de responsabilidad subsidiaria personal y objetiva, en tanto en cuanto, y a diferencia de lo que sucede en el apart. 1.º del precepto en relación con la responsabilidad de los padres o tutores, respecto de los delitos cometidos por los mayores de 18 años en las circunstancias en él expresadas, no se exige que haya habido por parte del empresario culpa o negligencia» (SSTS de 17 de marzo de 2010, 3 de marzo de 2011).

El hecho de excederse de las atribuciones o funciones de la entidad de que era su director general, en contra, incluso, de una prohibición expresa, no puede excluir la responsabilidad del IVEX. Lo que la ley requiere es que, en aquellos supuestos en los que se da una relación de dependencia o servicio en cuyo desarrollo se produce una infracción penal —dolosa o culposa— responda el ente para el cual actuaban los responsables directos, sin otra exigencia que la dependencia, entendida en un sentido amplio y muy general, esté o no presente una negligencia de la institución o una deficiencia estructural de la misma. Se trata de una efectiva realización del principio de seguridad jurídica incorporado al Derecho penal, pero con criterios jurídico-privatísticos (STS, Sala Penal, 23 de abril de 1990), que pone a disposición de las víctimas de un delito un doble patrimonio: el del autor del delito —principal—, en situación de rebeldía en este caso, y el de quien le emplea, como en este caso por

la cobertura y la garantía que representa para terceros una empresa vinculada a la Comunidad Valenciana, sin la cual posiblemente no se hubiera cometido. Las consecuencias económicas de las que deberá responder subsidiariamente la entidad demandada, son aquellas a las que había sido condenado su director general, en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, ratificado por la Audiencia Provincial, a partir de una estimación ponderada y objetiva de los daños y perjuicios que ha ocasionado en su ilícito proceder, cuyo contenido se determina en atención a los mismos criterios que se tuvieron en cuenta en la sentencia penal firme para indemnizar a las demás entidades asimismo perjudicadas que intervinieron en el proceso penal. (STS de 3 de febrero de 2012; ha lugar.) (Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.)

NOTA.—Supuesto de hecho de cierta complejidad debido a la incidental intervención del TC en una cuestión lateral, aunque directamente vinculada al proceso, así como a la doble cualidad de una entidad pública autonómica, como responsable civil subsidiario *ex artfculo 119-2.ª CP*, y como perjudicado. La solución estimatoria del recurso parece razonable pues permite el resarcimiento de una entidad, por un lado, directamente perjudicada por la actuación ilegal del director general del IVEX (condenado por sentencia penal firme por delitos de estafa y falsificación documental), y por otro, indirectamente lesionada por una sentencia del TC sin cuyo pronunciamiento hubiera sido innecesario este proceso. La cuantía se aproxima los 350 millones de las antiguas pts. Como telón de fondo, queda recordar esa denostada regulación normativa de la responsabilidad civil *ex delicto*, en cuya crítica se ha singularizado IZQUIERDO TOLSADA, La responsabilidad civil en el proceso penal, en el vol. de VVAA (coord. por Reglero Campos), «Tratado de responsabilidad civil» (Cizur Menor, 2002), pp. 445 ss, esp. pp. 465 ss. (G.G.C.)

10. Intervención quirúrgica con secuelas graves: Falta de información al paciente.—El 3 de febrero de 2005, D. Pedro Enrique, de 48 años de edad, fue intervenido quirúrgicamente por el Dr. Adriano para efectuar una disectomía cervical, quedando afectado de una tetraplejía con paresia severa de ambas extremidades inferiores, tronco y parte de las extremidades superiores, falta de control voluntario sobre esfínter rectal, siendo dependiente para sedestación y desplazamiento en silla de ruedas, con necesidad de ayuda para las actividades de la vida diaria. El enfermo y su familia demandaron al médico, a su compañía de seguros, y a ARESA, compañía aseguradora de salud. Reclamaron 1.387.519 euros de indemnización, más el importe de las mensualidades de la residencia asistencial en que se encontraba ingresado, así como 57.518,94 euros para sus hijos y esposa en concepto de perjuicios morales a familiares por las secuelas postoperatorias sufridas. En el recurso, no se discute la eventual existencia de mala praxis, que no se acreditó en diligencias penales previas, sino si la falta de información ha producido al paciente algún perjuicio; si esta falta de información es o no equiparable a la negligencia y si debe asumir el facultativo la totalidad de los perjuicios que se han irrogado al demandante en un acto médico realizado conforme a la *lex artis*. El problema se plantea, en suma, sobre el proceso de identificación y determinación del daño, teniendo en cuenta que la Audiencia Provincial revocó en parte la del Juzgado de Primera Instancia, que había desvinculado

la responsabilidad por deficiente información de las consecuencias materiales resultantes de la intervención quirúrgica, indemnizando exclusivamente un daño moral estimado en 118.253,79 euros y en 10.000 euros a los familiares, para indemnizarle en fase de apelación la totalidad de los daños sufridos mediante la aplicación del baremo de accidentes de circulación, cifrando el importe de la condena en 509.954,99 euros a favor de D. Pedro Enrique, y en 19.172,98 euros, respectivamente, a la esposa y dos hijos.

Consentimiento informado.—Son hechos probados que, entre el paciente y su médico, existió una relación de larga duración; y también la hubo con otros parientes del demandante, clientes del mismo facultativo. A la intervención precedió un tratamiento conservador que no había surtido efecto, por lo que la intervención era clínicamente aconsejable; pero lo cierto es que no había necesidad vital ni hay prueba bastante en autos para pensar que el demandante se había decidido en todo caso por la intervención, asumiendo el riesgo de quedar como ha quedado. El documento de «consentimiento informado» que se proporcionó al paciente está sin firmar y además resulta insuficiente, pues no menciona siquiera la grave consecuencia de la intervención que ha constituido el motivo de la demanda, resaltando la omisión en el mismo de la indicación de diagnóstico, del tipo de intervención y, sobre todo, de los riesgos específicos. La suficiencia de la información verbal no ha podido ser confirmada. La complicación surgida es de escasa incidencia estadística (entre el 0,2 y el 0,4), pero el riesgo de resultados, como el enjuiciado en una operación vertebral es lo suficientemente importante como para no haber sido omitido.

Efectos de la falta de información: Doctrina general.—Los efectos que origina la falta de información, dice la STS de 4 de marzo de 2011, están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa. Tienen, además, que ver con distintos factores: riesgos previsibles, independientemente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención; padecimiento y condiciones personales del paciente; complicaciones y condiciones personales del paciente; complicaciones o resultados adversos previsibles y frecuentes que se pueden producir, sean de carácter permanente o temporal, incluidas las del postoperatorio; alternativas terapéuticas significativas; contraindicaciones; características de la intervención o de aspectos sustanciales de la misma; necesidad de la intervención, con especialidades muy concretas en los supuestos de diagnóstico prenatal.

Identificación del daño y cuantificación de la indemnización.—Todas estas circunstancias plantean un doble problema: en primer lugar de identificación del daño, corporal, moral y patrimonial; en segundo, de cuantificación de la suma indemnizatoria, que puede hacerse de la forma siguiente: (I) Por los totales perjuicios causados, conforme a los criterios generales, teniendo en cuenta el aseguramiento del resultado, más vinculado a la medicina necesaria que a la curativa, pero sin excluir ésta; la falta de información y la probabilidad de que el paciente, de haber conocido las consecuencias resultantes no se hubiera sometido a un determinado tratamiento o intervención. (II) Con el alcance propio del daño moral, en razón a la gravedad de la intervención,

sus riesgos y las circunstancias del paciente, así como del patrimonial sufrido por la lesión del derecho de autodeterminación, integridad física y psíquica, y dignidad. (III) Por la pérdida de oportunidades o de expectativas, en las que no se identifica necesariamente con la gravedad y trascendencia del daño, sino con una fracción del daño corporal considerado en su integridad en razón a una evidente incertidumbre sobre el resultado causal sobre el resultado final, previa ponderación de aquéllas circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica (gravedad de la intervención, virtualidad real de la alternativa terapéutica no informada; posibilidades de fracaso).

La sentencia de la Audiencia Provincial hace coincidir el daño que indemniza con las graves secuelas que resultaron de la intervención a que fue sometido el demandante, como si las hubiera causado directamente el médico por una deficiente actuación médico-quirúrgica. Es cierto que existió una intervención quirúrgica y que en términos de causalidad física esta es la causa del daño sufrido, porque las secuelas se generaron como consecuencia de la misma y sin ésta no se habría producido. Ahora bien, el daño resarcible no es el que resulta de una intervención defectuosa, ni de una intervención en la que pueda valorarse como relevante la privación al paciente de tomar las decisiones más convenientes a su interés. El daño que fundamenta la responsabilidad no es un daño moral resarcible con independencia del daño corporal por lesión del derecho de autodeterminación, sino el que resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre un riesgo muy bajo, y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud del paciente. La negligencia médica ha comportado una pérdida de oportunidades para el paciente que debe valorarse en razón a la probabilidad de que, una vez informado de estos riesgos personales, probables o típicos, hubiera decidido continuar en la situación en que se encontraba o se hubiera sometido razonablemente a una intervención que garantizaba en un alto porcentaje la posibilidad de recuperación, pues si bien no había necesidad vital para llevarla a efecto, sí era clínicamente aconsejable en razón a una patología previa y al fracaso del tratamiento conservador instaurado durante algún tiempo.

Incertidumbre causal: Régimen especial de imputación.—Existe una evidente incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente, en base a lo cual es posible hacer efectivo un régimen especial de imputación probabilística que permite reparar en parte el daño, como es la pérdida de la oportunidad, que toma como referencia, de un lado, el daño a la salud sufrido a resultas de la intervención, y, de otro, la capacidad de revisión de un paciente razonable que valora su situación personal y decide libremente sustraerse o no a la intervención quirúrgica, sin el beneficio de conocer las consecuencias para su salud una vez que éstas ya se han producido. Todo ello, y a tenor de las circunstancias concurrentes, permiten reducir al 50% las indemnizaciones otorgadas por la Audiencia Provincial.

Seguro de prestación de seguro sanitario: Responsabilidad por la actuación del facultativo a su servicio.—En el caso enjuiciado la posición de la compañía aseguradora no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio médico contratado, a los efectos de la diligencia exigible en los ámbitos de la culpa contractual y extracontractual, llegándose a la condena por la vía del artículo 1903 CC a partir de la existencia de una relación de dependencia entre la sociedad de seguros y el médico demandado, dándose la necesaria relación de dependencia entre uno y otra, bien sea por vínculos

laborales, bien razón de contrato de arrendamiento de servicios profesionales que pone a disposición de su asegurado-cliente.

Al asegurado se le garantiza la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria que proceda, en los términos que autoriza la LCS y lo convenido en el contrato, y esta relación que se establece entre uno y otra parte, garantiza al asegurado, entre otras cosas, las prestaciones sanitarias incluidas en la póliza por medio de un cuadro médico que viene a actuar como auxiliares contractuales para la realización de las prestaciones, a partir de lo cual es posible responsabilizarla por los daños ocasionados, ya sea por concurrir culpa *in eligendo* o porque se trata de la responsabilidad por hecho de tercero.

Además la obligación del asegurador no termina con la gestión asistencial, sino que va más allá, en atención a la garantía de la calidad de los servicios que afectan al prestigio de la compañía y consiguiente captación de clientela. El médico no es elegido por el paciente sino que viene impuesto por la aseguradora dentro de los que pone a su disposición, y desde esta relación puede ser condenada por la actuación de quien presta el servicio en las condiciones previstas en la póliza, en razón de la existencia o no de responsabilidad médica o sanitaria. Las prestaciones del contrato de asistencia se dirigen a facilitar los servicios sanitarios incluidos en la póliza a través de facultativos, clínicas e instalaciones adecuadas, conforme resulta del artículo 105 LCS, con criterios de selección que se desconocen, más allá de lo que exige la condición profesional y asistencial que permite hacerlo efectivo. Aunque posiblemente sería necesaria una mejor delimitación de los arts. 105 y 106 LCS, la redacción actual no permite otros criterios de aplicación que los que resultan de una reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre el contenido y alcance de las normas y la responsabilidad que asumen las aseguradoras con ocasión de la defectuosa ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o profesionales, como auxiliares de las mismas en el ámbito de la prestación contractualmente convenida, en unos momentos en que la garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros médicos se oferta como instrumento de captación de la clientela, bajo la apariencia y la garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad.

Solidaridad de los responsables.—La estimación parcial de dos de los recursos interpuestos comporta que la cifra indemnizatoria se haga efectiva solidariamente por todos los condenados, incluido por el médico, cuyo recurso ha sido inadmitido. A estos efectos esta Sala tiene declarado que los codeemandados condenados que se hallen en la misma posición que los recurrentes se benefician de la actividad procesal de éstos cuando existe una comunidad de actuación y se hallan en idéntica situación sustantiva y procesal, al entrar en juego la doctrina de la extensión de los efectos de la sentencia a las partes ligadas por idénticos vínculos de responsabilidad, al así exigirlo las más elementales reglas de la lógica (**STS de 16 de enero de 2012**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—La decisión de reducir a la mitad la cuantía de las indemnizaciones concedidas por la Audiencia Provincial permiten concluir que —en relación con la responsabilidad del médico operador—, se trata de una sentencia de equidad más que de estricta justicia, lo que ha obligado al Tribunal Supremo a elaborar un discutible concepto de incertidumbre causal que permite proponer un régimen especial de imputabilidad probabilística, cuya aplicación me parece estar erizada de dificultades (un caso similar de secuelas tras inter-

vención quirúrgica fue el resuelto por STS de 13 de julio de 2010, en el que se habla también de la probabilidad cualificada de la imputación, extractada en ADC 2011, pp. 1936 s.). Resulta más convincente, en este punto, la doctrina de la Audiencia Provincial sobre los efectos de la falta de información. Obsérvese que, en definitiva, la indemnización principal otorgada apenas representa el 20% de la solicitada, en tanto que los daños causados por consecuencia de la intervención quirúrgica cuestionada resultan ciertos y muy cuantiosos (G.G.C.)

11. Responsabilidad civil por incendio de remolque con carga: Doctrina jurisprudencial sobre el hecho de la circulación.—Reclamándose los daños y perjuicios causados por causa de vehículo parado como hecho de la circulación, hay que recordar la STS de 2 de diciembre de 2008, dictada en un intento de fijar doctrina uniforme ante la casuística existente en la materia, que estableció que si la regla general es considerar como tal las situaciones en las que el vehículo se encuentra en movimiento, ningún obstáculo legal ni jurisprudencial existe para calificar como hechos de la circulación los siniestros que acontezcan durante paradas ocasionales en la ruta seguido por el vehículo, ya sea por exigencias del propio trayecto, ya sea por exigencias legales para facilitar el descanso del conductor, ni para considerarlos incluidos en el ámbito del seguro obligatorio de responsabilidad civil, tal como acontecería de haberse producido con el vehículo en marcha y circulando.

Según esta interpretación, no cabe deducir automáticamente la inexistencia de riesgo derivado de su conducción de la simple constatación de que el vehículo se encuentre parado. Este razonamiento se explica por el propio espíritu y finalidad protectora de la víctima o perjudicado, del artículo 1 LCSCVM 1995 —en vigor al ocurrir el accidente—, según el cual «el conductor de vehículos de motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción del mismo, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación», en la medida en que la eficacia del precepto se hace depender de que los daños personales o materiales se ocasionen «con motivo de la circulación», en el sentido, no de que se produzcan estando el vehículo a motor en movimiento —«aun cuando esto sea lo más común»—, sino incluso cuando no lo esté, por ser suficiente con que tales daños o lesiones deriven del riesgo creado con su conducción, situación que también comprende la del vehículo estacionado al constituir el aparcamiento o la simple parada una maniobra más de la conducción. En esta misma línea interpretativa se encuentra la circunstancia, puesta de manifiesto por algunas Audiencias Provinciales, de que, aunque la reforma del RD de 1968 llevada a efecto por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, eliminó de su denominación el término *Uso*, sin embargo se mantuvo el espíritu de protección global de la víctima frente a los riesgos derivados tanto de la conducción en sentido estricto como del uso de los vehículos a motor. Las disposiciones reglamentarias definitivas por remisión legal (art. 1.4 LRCSCVM) de los conceptos de vehículo de motor y hecho de la circulación, deben interpretarse en consonancia con la perspectiva expuesta.

De ahí que la jurisprudencia existente en sentido contrario no constituya un precedente, merezca ser objeto de una interpretación muy restrictiva y resulte inhábil para resolver correctamente supuestos distintos de los enjuiciados, caracterizados, como común denominador, por contemplar a un vehículo que se hallaba fuera de la circulación (así STS de 10 de

octubre de 2000, vehículo estacionado de forma permanente; y SSTS de 4 de julio de 2002 y 29 de noviembre de 2007, vehículos usados de forma distinta a lo que ha de considerarse el uso normal de un vehículo).

En aplicación de esta doctrina, no existen razones para no calificar como hecho de la circulación el incendio que afectó al semirremolque asegurado de responsabilidad civil obligatoria y suplementaria en Mapfre, entidad que sí se encuentra pasivamente legitimada frente a la reclamación efectuada de contrario. Cuestión distinta es la de determinar si concurren los presupuestos necesarios para declararla civilmente responsable de los daños causados por el siniestro, como consecuencia de declararse la de su asegurado.

Responsabilidad del dueño del remolque y de su aseguradora.—El causante de los daños por los que se reclama es un semirremolque, mencionado expresamente como vehículo a motor en el artículo 2.1 del RRCSCVM; dicho vehículo no se encuentra comprendido en la exclusión del artículo 3.3 de aquél, y el incendio sobrevino cuando se encontraba estacionado en el lugar destinado a la realización de operaciones de carga y descarga del mismo, consustanciales a su condición de vehículo de transporte de mercancías, situación en la que habría de mantenerse, no con vocación de permanencia, sino tan solo por el tiempo necesario para su finalización (lo que da cuenta de una situación de *tránsito* que se produce durante la continuidad entre el hecho indudable de la circulación que representa la conducción del vehículo hasta ese lugar y el constituido por el abandono del mismo hasta la entrega de la mercancía).

Incendio del remolque por deficiente funcionamiento del sistema de refrigeración: Responsabilidad del dueño.—Sentado que se trató de un hecho de la circulación, la responsabilidad del propietario o poseedor debe enjuiciarse desde la óptica del singular riesgo creado por la conducción de un vehículo a motor, que, contrariamente a lo señalado por la Audiencia Provincial, sí se trata de una situación de especial riesgo, que comporta una presunción de culpa que corresponde destruir al agente, por encontrarse cercano a la fuente de peligro, y que hace que el problema se contraiga en este caso a valorar, desde el punto de vista de la causalidad, su relevancia causal, es decir, si su actuación negligente pudo ser causalmente determinante del resultado dañoso, entendida esta relación de causalidad, no sólo desde el plano fenomenológico (causalidad física), sino también desde el plano jurídico, como posibilidad de que se le pueda imputar objetivamente (causalidad jurídica). Y aunque la Audiencia Provincial descarta ambas, lo hace desde la consideración de que el uso de un vehículo no es una actividad de riesgo, lo que aquí se descarta, de manera que al propietario y al conductor sí les correspondía velar por la seguridad del mismo, incluyendo la de todos sus mecanismos, y, entre ellos, el sistema de refrigeración, en cuanto estaba íntimamente relacionado con la actividad a la que estaba principalmente destinado el vehículo. No cabe, como hace la Audiencia Provincial, desvincular la causa física del incendio (cortocircuito en el grupo frigorífico) con los deberes exigibles de adecuado mantenimiento y conservación del vehículo, pues, por más que este hubiera sido cedido escasamente cinco meses antes y dispusiera de certificado oficial sobre su aptitud para ser usado para la finalidad con que estaba siéndolo en el momento del siniestro, su uso continuado durante este tiempo situaba al agente en una situación de control de la fuente de peligro que le obligaba a extremar su diligencia a fin de detectar posibles incidencias, averías o defectuosos funcionamientos, con objeto de prevenir

daños como los ocasionados. **(STS de 6 de febrero de 2012; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El 1 de julio de 2004, mientras una plataforma remolque frigorífico se encontraba realizando labores de carga en un establecimiento mercantil de Mercamadrid, se declaró un incendio por cortocircuito en el compresor frigorífico, que afectó, tanto a la mercancía como al edificio e instalaciones del supermercado. La demanda se plantea por las aseguradoras respectivas que indemnizaron previamente los daños causados a los perjudicados, ejercitando la acción de regreso contra el conductor y el propietario del remolque frigorífico. El tema básico debatido en casación es resolver si el hecho dañoso ocurrido constituía o no un hecho de la circulación. La Audiencia Provincial optó por la negativa, por lo cual, la aseguradora Mapfre quedaba al margen de las acciones de regreso. El Tribunal Supremo decide en sentido contrario, la considera pasivamente legitimada en el proceso, y la hace responder solidariamente con los demás corresponsables. Precisamente el Voto Particular discrepa de esta apreciación, con la consecuencia de excluir a la aseguradora del círculo de responsables. En el FD 3.º dice: «La responsabilidad cubierta por el seguro es la del conductor del vehículo derivada del riesgo que crea mediante la conducción del mismo, y no la de otras personas como pueden ser «el propietario o el poseedor», pues la que pudiera ser imputada a estos últimos, en un caso como el presente de incendio de un remolque frigorífico por causas absolutamente ajenas a su conducción y a la circulación, es una responsabilidad de carácter general que tiene su propio régimen de exigencia y de aseguramiento, distinto del propio de los vehículos de motor». Dada la gran variedad de situaciones fácticas en que pueden encontrarse los vehículos, no cabe duda de que el tema no está cerrado, aunque el caso aquí tratado puede —en cierto modo— considerarse emblemático.

NOTA.—Hay un Voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. (G.G.C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

12. División de la cosa común cuando está hipotecada.—La única excepción oponible a la división de la cosa común es el pacto de indivisión de los copropietarios, siendo la indivisión esencialmente transitoria (art. 400 CC). El artículo 401 CC señala excepciones a la división material, que darán lugar a la venta en pública subasta para reparto del precio, pero no son obstáculos a la acción de división. Tampoco el artículo 666 LEC supone un obstáculo a la división, toda vez que dicha norma está regulando el embargo dirigido a la satisfacción de las deudas del propietario y no tiene aplicación en la subasta resultante de la acción de división. **(STS de 22 de febrero de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El origen del pleito tuvo lugar cuando uno de los cónyuges copropietarios de un inmueble hipotecado ejerció la acción de división de la cosa común, solicitando la venta en pública subasta para el reparto del precio entre los comuneros en caso de no

llegar éstos a un acuerdo sobre la adjudicación de la misma a uno de ellos. El cónyuge demandado opuso dos obstáculos a la venta en pública subasta, derivados del hecho de estar el inmueble hipotecado: De un lado, el desmerecimiento económico del bien (invocando el art. 401 CC); de otro lado, la inferioridad del valor del bien en relación con el valor de la hipoteca (invocando el art. 666 LEC). En ambas Instancias se estimó la demanda. No hubo lugar a la casación de la sentencia. (C.J.D.)

13. Límites a la actuación de los propietarios de locales comerciales que altere la configuración exterior del edificio. Exigencia de autorización de la comunidad de propietarios por acuerdo unánime.—Haciendo referencia a las SSTS de 22 de octubre de 2008, de 15 de diciembre de 2008 y de 17 de febrero de 2010, el Tribunal Supremo interpreta los artículos 7, 9, 11, 12 y 16 de la LPH en el sentido de que el respeto de todo propietario de un piso o local por los elementos comunes del edificio se traduce en la necesidad de obtener el acuerdo unánime de la junta de propietarios para poder realizar obras que impliquen la modificación de dichos elementos, por constituir ésta una modificación del título constitutivo de la propiedad y, en todo caso, en la necesidad de no perjudicar los derechos de otro propietario ni menoscabar o alterar la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores. Sobre la regla referida a la unanimidad de la decisión de la junta de propietarios en relación a acuerdos que impliquen una modificación de los elementos comunes, el Tribunal Supremo matiza que las exigencias normativas sobre mayorías deben interpretarse de modo flexible cuando se trata de locales comerciales situados en edificios en régimen de propiedad horizontal, con el fin de evitar que la aplicación rigurosa de la LPH impida a los propietarios y arrendatarios de locales de negocio explotar su empresa. En este sentido, declara que la posibilidad de realización de obras, tratándose de locales comerciales, debe ser más amplia, dado que la finalidad comercial de los locales hace necesaria una determinada configuración exterior de éstos, adecuada a su carácter, que facilite el conocimiento de su existencia y haga atractiva su actividad para los clientes. Eso sí, en todo caso, los propietarios y arrendatarios de locales de negocio están sujetos a los límites recogidos en el artículo 7.1 LPH, de manera que las obras no podrán alterar o menoscabar la seguridad del edificio o su estructura general, ni perjudicar los derechos de otro propietario. Además, cuando la afectación de la configuración externa del edificio no pueda encuadrarse dentro de un uso normal o razonable de los elementos comunes por parte de los copropietarios, precisará de la autorización de la Junta adoptada mediante acuerdo unánime, incluso cuando las instalaciones estuvieran autorizadas por los estatutos. (STS de 17 de enero de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El propietario de un local situado en la planta baja de un edificio pretende ubicar un aparato de aire acondicionado, así como una chimenea, para la ventilación y evacuación de gases y humos procedentes de la actividad comercial, desde su local hasta la cubierta del edificio, generando el menor perjuicio posible para la comunidad de propietarios. Para ello indicaba o proponía dos tipos de trazado (uno por el patio interior y otro por el muro poste-

rior del edificio). La comunidad de propietarios se oponía a autorizar la colocación de los mismos, por afectar a la estructura del edificio y a la configuración de un elemento común, como es la fachada.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Pamplona dictó sentencia de 17 de marzo de 2006, por la que desestimaba la demanda ejercitada por el propietario del local. Entiende el Juzgado que la instalación, en cualquier de los dos trazados propuestos, perjudicaría a los restantes propietarios porque implicaría la modificación de los tendedores ya existentes e incluso de las conducciones de gas y electricidad, de la caja de derivación y del cuarto de contadores de gas. Asimismo, considera que ello produciría un impacto visual, modificando la configuración externa de la fachada. Constatada la alteración de elementos comunes, el Juzgado consideró que la negativa de la comunidad a autorizar las obras no podría ser calificada como abuso de derecho o actuación de mala fe.

Dicha sentencia es recurrida en apelación por el demandante originario. La Audiencia Provincial de Navarra, sección 1.^a, en su sentencia de 14 de marzo de 2007, desestima este recurso de apelación.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el propietario del local. Partiendo de la valoración de la realidad fáctica contenida en la sentencia recurrida, el Tribunal Supremo aplica las consideraciones expuestas acerca de la exigencia del acuerdo de la comunidad de propietarios. Entiende, por ello, que si bien las obras no afectan a la estructura y seguridad del edificio, sí alteran la configuración exterior de éste, produciendo un perjuicio estético que no puede encuadrarse dentro del uso normal o razonable de los elementos comunes por parte de los copropietarios y requiere, por tanto, de la autorización de la comunidad de propietarios.

NOTA.—En el caso resuelto por la STS de 22 de diciembre de 2010, la parte recurrente, titular asimismo de un local comercial situado en la planta baja del edificio, había abierto huecos en la fachada del edificio, amparada esta vez por la autorización que le ofrecían los estatutos de la comunidad, sin haber obtenido el consentimiento unánime de la junta de propietarios. Para un comentario a esta sentencia, Vid. G. MINERO ALEJANDRE, «Comentario a la STS de 22 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 1562)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2012, Núm. 88, pp. 147-167. Sobre la afectación del estado exterior del edificio por la apertura de huecos en la pared externa de un local, considerada elemento común, Vid. A. DÍAZ MARTÍN, *Propiedad horizontal. El Título Constitutivo y su impugnación judicial*, Pamplona, 1996, p. 372; y G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, «Comentario al artículo 7.1», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 194. Sobre la necesidad o no de exigir la unanimidad de la junta de propietarios en supuestos de afectación de elementos comunes y sobre la flexibilización de esta regla, Vid. A. CARRASCO PERERA, E. CORDERO LOBATO y C. GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, Dilez, Madrid, 2008, p. 828; y A. CARRASCO PERERA, «Comentario

al artículo 17», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 623. (G.M.A.)

14. Doctrina sobre la doble inmatriculación.—La doble inmatriculación se produce cuando una misma finca consta inmatriculada dos veces en folios diferentes y con distinto número (SSTS de 6 de mayo de 2008 y 13 de mayo de 2011). Según el Tribunal Supremo, al tratarse de una situación irregular por ser contraria a la exigencia de folio único para cada finca, hay que proceder a la neutralización de cualquier efecto positivo de publicidad registral. A ello se refiere el artículo 313 RH. A falta de acuerdo, los titulares registrales contradictorios dispondrán de las acciones sobre declaración de mejor derecho al inmueble, que podrán ejercitar en el juicio declarativo correspondiente. Conforme a la STS de 23 de septiembre de 2011, el conflicto se resolverá de acuerdo con las reglas del Derecho Civil, aplicándose la preferencia a favor de la parte que ha poseído con las condiciones y durante el tiempo suficiente para adquirir el dominio por prescripción.

Transmisión de bienes embargados no pertenecientes al ejecutado.—Según el artículo 594 LEC, el embargo de un bien que no forma parte del patrimonio del ejecutado no afecta, en principio, a su eficacia. En estos casos se desplaza hacia el verdadero titular la carga de impugnar la traba mediante la tercería de dominio una vez que el embargo se ha producido. Si no lo hace, el procedimiento de ejecución sigue adelante y puede terminar con la adjudicación de los bienes. Tal adjudicación no podrá ser impugnada si el adjudicatario los hubiera adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva, sin perjuicio de las acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto o de nulidad de la ejecución. Ahora bien, entiende el Tribunal Supremo que la protección otorgada por el artículo 594 LEC al adjudicatario en subasta de la finca embargada al deudor se refiere a la titularidad de la misma, que efectivamente adquiere, pero no sana el defecto en la inscripción, ni decide inexorablemente a su favor la situación de doble inmatriculación. (**STS de 25 de enero de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—C y M, casados en régimen de sociedad de gananciales, adquirieron de B por medio de escritura pública de fecha de 26 de julio de 1968, entre otras, una finca rústica, que luego por contrato recogido en documento privado de 28 de julio de 1981 vendieron a V por un millón de pesetas que confesaron recibido. A su vez, V vendió con pacto de retro a S por escritura pública de 15 de febrero de 1982, el cual volvió a transmitírsela por escritura pública el 3 de junio de 1982, acudiendo entonces V al medio previsto en el artículo 205 LH y logrando así la inmatriculación de la finca e inscripción a su nombre el 9 de marzo de 1983. Dicha finca fue embargada y subastada el 14 de mayo de 2005, siendo adjudicada por auto de 13 de julio de 2005 a favor de N, que la inscribió a su nombre el 11 de agosto de 2005. Paralelamente a lo anterior, fallecidos C y M, sus herederos inscribieron el 8 de mayo de 1987 la finca antes referida, también al amparo del artículo 205 LH, que adquirieron por indivisas partes y que vendieron por medio de sendas escrituras públicas fechadas los días 17 de marzo y 4 de diciem-

bre de 1992 a G, que la inscribió a su nombre el 30 de abril de 1993, y que, a su vez, vendió el 7 de abril de 1999 a R y a A, que también procedieron a la inscripción de su título de dominio con efectos de 16 de abril de 1999.

R y A interpusieron demanda frente a N, adquirente de la finca en el citado proceso de ejecución judicial, afirmando la identidad de ambas fincas inscritas y su mejor derecho de propiedad derivado de los títulos o, en su caso, la adquisición de tal derecho por usucapión. El demandado opuso la eficacia de la venta a su favor, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 594 LEC, alegando que los demandantes no habían promovido oportunamente tercería de dominio, así como su mejor derecho en atención a haber sido adquirida la finca de quien efectivamente era su legítimo propietario al haberla comprado éste a los finados C y M. El Juzgado de Primera Instancia: *a)* declaró la existencia de una doble inmatriculación de la finca; *b)* declaró que la finca doblemente inmatriculada es de pleno dominio de R y A; *c)* ordenó cancelar en el Registro de la Propiedad la inscripción de dominio practicada a favor de N; *d)* condenó al demandado a entregar la finca reivindicada a los actores en el mismo estado en que se encontraba el 23 de noviembre de 2005, fecha en la que el demandado tomó posesión de la finca.

El demandado recurrió en apelación, dictando sentencia la Audiencia Provincial en la que estimó en parte el recurso a los solos efectos de dejar sin efecto la condena en costas al demandado. La Audiencia considera que los demandantes han adquirido el terreno litigioso por usucapión.

En casación, se alega, en primer lugar, la infracción del artículo 594 LEC. Sin embargo, entiende el Tribunal Supremo que la situación contemplada por tal norma no es la que aquí se plantea. Este precepto se refiere al supuesto de embargo de un bien como de titularidad del deudor cuando no lo es, exigiéndose entonces al verdadero titular una conducta activa. Sin embargo, en los casos de doble inmatriculación, como el presente, lo realmente embargado es la finca registral litigiosa, inscrita a nombre del deudor, y no la inscrita a nombre de los demandantes, con independencia de la coincidencia física entre una y otra, por lo que no podían éstos ejercer acción de tercería de dominio aunque hubieran conocido la traba ni podía el Juzgado adoptar previsión alguna según lo establecido por el artículo 593 LEC. En segundo lugar se alega la infracción de lo dispuesto en los artículos 1949 CC y 36 LH. Sostiene el recurrente que la aplicación de este último precepto impide apreciar que los demandantes hayan podido adquirir por usucapión la finca. Pero nuevamente incide en reclamar la aplicación a favor de su derecho de las normas hipotecarias en un supuesto de doble inmatriculación, olvidando que tal aplicación, de ser procedente, llevaría también a que los demandantes, como titulares registrales, pudieran valerse de lo dispuesto en el artículo 35 LH. Por tanto, el Alto Tribunal acaba desestimando el recurso de casación.

NOTA.—La inmatriculación es el acceso que tiene una finca al Registro de la Propiedad. La doble inmatriculación se produce cuando una misma finca aparece inscrita dos o más veces en Registro

en folios diferentes. Son varias las causas por las cuales se puede producir esta situación: la falta de diligencia del registrador, una descripción errónea de los linderos, la falsificación de los títulos... Se pueden producir tres situaciones. La primera, que la persona que figura como titular registral de las fincas sea la misma, en cuyo caso el interesado podrá solicitar al registrador el traslado de las inscripciones o asientos al folio más antiguo, conforme al artículo 313.1.º RH. La segunda, que se trate de personas distintas pero que hubieran llegado a un acuerdo en relación al folio que debe cancelarse. En este supuesto, el registrador trasladará toda la información registral al folio subsistente (art. 313.2.º RH). La tercera, que se trate de personas distintas y que no hayan alcanzado ningún acuerdo. En este caso tendrán que reclamar judicialmente su dominio mediante un procedimiento declarativo. En él no se aplicarán las normas hipotecarias, sino el régimen correspondiente del CC (por ejemplo, las normas sobre doble venta). Hay que apuntar que la doble inmatriculación neutraliza los efectos asociados a la apariencia registral, pues quien adquirió de buena fe una finca inscrita, confiando en la titularidad registral de su transmitente, merece igual protección que la persona que adquirió ese mismo inmueble de otro titular registral. (S.L.M.)

15. Legitimación del registrador de la propiedad para impugnar resoluciones dictadas por la DGRN.—El Tribunal Supremo reitera como doctrina jurisprudencial la ya declarada en la STS de 20 de septiembre de 2011, entendiendo que el registrador de la propiedad está legitimado activamente para impugnar una resolución dictada por la DGRN cuando acredite o justifique su derecho por el anuncio de apertura de expediente disciplinario o cuando se le exija responsabilidad civil relacionada con la función calificadora registral tras una revocación por la DGRN de su nota de calificación. Del artículo 328 LH, así como de lo expuesto en la Exposición de Motivos de la reforma de 2005 de esta ley, se infiere, por un lado, la vinculación de todos los registradores a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado cuando resuelve recursos frente a la calificación y, con ello, la imposibilidad del registrador de recurrir la decisión de su superior jerárquico cuando revoca su calificación; y, por otro lado, la excepción a esta regla general en aquel supuesto en el que la resolución de la DGRN pueda repercutir de modo efectivo en la esfera jurídica del registrador, como sucede cuando media amenaza de responsabilidad disciplinaria contra el concreto registrador. Por tanto, no existe legitimación activa del registrador en favor de la defensa objetiva y abstracta de la legalidad o de la disconformidad con la decisión del superior jerárquico. (STS de 2 de enero de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Tras haberse practicado en el Registro de la Propiedad de Massamagrell inscripción de compraventa a favor de la compañía RR, sin constancia de la referencia catastral de la finca, la registradora suspendió la incorporación de estos datos por apreciar dudas fundadas en cuanto a la identidad de los mismos y la realidad de la finca, mediante nota de calificación de fecha de 27 de noviembre de 2006. La entidad RR interpuso recurso gubernativo

contra esta calificación negativa, solicitando su revocación y la práctica de la inscripción de la referencia catastral de la finca.

Con fecha de 29 de junio de 2007, la DGRN dictó resolución estimatoria del recurso, revocando la nota de calificación de la registradora.

La registradora de la propiedad formuló demanda de juicio verbal en la que solicitaba la nulidad de la resolución dictada por la DGRN por no haber inadmido el recurso gubernativo pese a que el mismo se presentó cuando había transcurrido ya el plazo legal de un mes y porque la resolución se dictó transcurrido el plazo de tres meses establecido en el artículo 327 LH. Asimismo, la demandante insta la revocación de la resolución por existir dudas en cuanto a la identidad de los datos de la referencia catastral y la realidad de la finca. Dicha demanda fue estimada por sentencia de 6 de febrero de 2008 del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Valencia.

El recurso de apelación interpuesto por la DGRN es desestimado por la Audiencia Provincial, que confirma íntegramente la sentencia recurrida.

La DGRN formula recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y casa la sentencia de la Audiencia Provincial de 1 de octubre de 2008. En su lugar, estima el recurso de apelación interpuesto por la DGRN contra la sentencia de primera instancia, con desestimación de la demanda interpuesta por la registradora de la propiedad y, ante la falta de legitimación activa de ésta, no entra a decidir sobre la validez o no de la resolución dictada por la DGRN con fecha de 29 de junio de 2007.

NOTA.—En la sentencia que se comenta, el Tribunal Supremo reitera la interpretación del artículo 328 LH que ya se contenía en la STS de 20 de septiembre de 2011. El carácter excepcional de esta norma ya había sido puesto de manifiesto por anteriores resoluciones, entre las que podemos destacar, por su carácter clarificador, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 19 de diciembre de 2006, que afirma: «no puede entenderse que el interés del Sr. Registrador a que se hace referencia en el texto legal pueda considerarse satisfecho con la genérica mención a su función de velar por la legalidad y por los terceros directa o indirectamente afectados por la inscripción, porque de ser esto así no tendría sentido alguno la inclusión de la excepción en la norma, ya que siempre concurriría ese genérico interés del registrador calificante» (FJ 3.º). Acerca de la legitimación de los registradores frente a la DGRN resulta aconsejable la lectura de L. PRATS ALBENTOSA, «Legitimación en el proceso verbal de revisión de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 825/2011, parte Comentario. Este autor señala el artículo 328 LH debe interpretarse restrictivamente, al ser una norma extraordinaria de legitimación, y exige de la concurrencia acumulativa de dos requisitos: 1) la DGRN, mediante resolución expresa, debe haber revocado la calificación negativa del registrador que pretende combatir esa resolución; y 2) la resolución en cuestión debe afectar a un derecho o interés del que sea titular este registrador. Entiende este segundo requisito como la atribución al

registrador por la resolución de la DGRN que pretenda impugnarse de la comisión de defectos manifiestos en el ejercicio de la función calificadora, determinantes, de manera real, y no meramente hipotética, de su responsabilidad civil o bien la imputación de la realización de una conducta tipificada como infracción en los artículos 296 y ss. LH, en los que se establece su régimen disciplinario. (G.M.A.)

16. Legitimación del registrador de la propiedad para impugnar resoluciones dictadas por la DGRN.—El Tribunal Supremo reproduce parte de STS de 20 de septiembre de 2011, para reiterar la interpretación del concepto de «derecho o interés de que sean titulares», como requisito exigido por el artículo 328 LH para el nacimiento de la legitimación de la acción del registrador contra la resolución de la DGRN por la que se revoca expresamente la nota de calificación dictada por ese registrador. Entiende el Tribunal Supremo que dicho interés legítimo existe siempre que la resolución de la DGRN que se pretende impugnar pueda afectar de modo efectivo y acreditado a la esfera jurídica del registrador. Tal repercusión no se identifica con la defensa objetiva o abstracta de la legalidad, ni con intereses particulares que le puedan impedir calificar el título. Por el contrario, el interés legítimo se da únicamente cuando pueda surgir una responsabilidad civil o disciplinaria del registrador relacionada con la función calificadora registral.

Doctrina sobre los efectos del transcurso del plazo para resolver por la DGRN. Interpretación del artículo 327, párrafo noveno, LH.—El Tribunal Supremo, en cita de la STS de 3 de enero de 2011, declara que el transcurso del plazo impuesto a la DGRN por el párrafo noveno del artículo 327 LH para resolver y notificar el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador determina, por un lado, que se entienda desestimado el recurso y, por otro lado, la nulidad de una resolución del recurso que pudiera recaer con posterioridad. (STS de 10 de febrero de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Tras otorgarse escritura pública de compraventa, se pretende su inscripción en el Registro de la Propiedad. La registradora de la propiedad competente para calificar la inscripción decide suspender esta inscripción al entender que no se había acreditado la inscripción en el Registro Mercantil del representante de la entidad que pretendía la inscripción.

Frente a esta calificación negativa, el notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo ante la DGRN el 11 de mayo de 2007. La DGRN dictó resolución el 13 de noviembre de 2007 estimando el recurso.

La registradora de la propiedad formuló demanda de juicio verbal contra la DGRN, alegando que la resolución había sido dictada transcurridos los tres meses indicados en el artículo 327 LH y solicitando que se dejase sin efectos esta resolución y se confirmase la nota de calificación negativa, así como la suspensión de la inscripción. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Segovia dictó sentencia de 25 de julio de 2008 en la que se estimaba la demanda, se dejaba sin efecto la resolución de la DGRN y se confirmaba la decisión de suspensión de la calificación efectuada por la registradora.

El notario autorizante de la escritura y la DGRN recurren en apelación. La Audiencia Provincial de Segovia, en sentencia de 30 de diciembre de 2008, estima ambos recursos y revoca la sentencia recurrida por falta de legitimación de la parte demandante, al entender que no existía en ésta el interés legítimo exigido en el artículo 328 LH para impugnar la resolución de la DGRN.

Frente a esta sentencia, la registradora demandante formula recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El Tribunal Supremo estima ambos recursos, casa la sentencia recurrida y desestima el recurso de apelación, confirmando la sentencia de primera instancia. Por un lado, declara la legitimación de la registradora de la propiedad, pues la resolución de la DGRN impugnada por ésta contenía un apercibimiento de apertura de expediente disciplinario para el supuesto de que la registradora emitiese nuevamente una calificación negativa, luego se entienden cumplidas las exigencias del artículo 328 LH. En segundo lugar, se declara la nulidad de la resolución de la DGRN y la desestimación del recurso gubernativo resuelto por ésta, por haber transcurrido el plazo de tres meses impuesto a la DGRN en el párrafo noveno del artículo 327 LH para resolver y notificar el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador. Efectivamente, el recurso gubernativo se interpuso el 11 de mayo de 2007 y la DGRN no resolvió expresamente en el plazo de tres meses, sino que lo hizo el 13 de noviembre de 2007.

NOTA.—La importancia de esta doctrina jurisprudencial, que reitera la interpretación prevista en las SSTs de 20 de septiembre de 2011 y de 2 de enero de 2012, radica en la necesidad de aclarar cuál deba ser la interpretación de una norma nada clara en cuanto a su contenido y alcance: el artículo 328 LH, en su redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, para el impulso de la productividad. Hasta la fecha de estas resoluciones no existía una uniformidad interpretativa en las Audiencias Provinciales. El origen de esta falta de consenso es el hecho de que, con anterioridad a la reforma de 2005, la legitimación era general y, en todo caso, el registrador que hubiera visto revocada su calificación por resolución de la DGRN podía recurrir en vía judicial. Sin embargo, la norma de 2005 ha reducido esta legitimación, al requerir que la resolución de la DGRN afecte a un derecho o interés del que es titular el concreto registrador. De ahí que deba entenderse que el derecho o interés al que hace referencia el artículo 328 LH debe ser algo cualitativamente diferente a las circunstancias que, antes de la reforma legal, permitían al registrador el recurso, como eran la defensa de la legalidad registral y la discrepancia con la calificación realizada. Acerca de las consecuencias de la extemporaneidad de las resoluciones de la DGRN, se recomienda encarecidamente la lectura de la obra de M. J. PÉREZ GARCÍA, «Las resoluciones extemporáneas de la Dirección General de los Registros y del Notariado: ¿Validez o nulidad?», *Estudios a propósito de sentencias judiciales dictadas en recursos contra la calificación del Registrador*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2010. (G.M.A.)

DERECHO DE FAMILIA

17. Divorcio: Guarda compartida: El interés del menor.—La revisión en casación de los casos de guarda y custodia sólo pueden realizarse si el Juez ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, pues el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de éste. El recurso de casación interpuesto debe ser desestimado por las siguientes razones: *a)* El recurrente no alega en ningún caso la vulneración del principio del interés del menor por la sentencia recurrida. Del planteamiento del recurso puede deducirse que la parte recurrente considera que el interés del menor se protegería más eficazmente con el régimen de guarda y custodia compartida por los beneficios de este sistema. Este planteamiento hubiera hecho necesario por el recurrente un examen de las circunstancias concretas del caso que permitieran afirmar que el interés del menor resultaba mejor protegido con este sistema. Sin embargo, el recurrente cuestiona los razonamientos de la sentencia recurrida, oponiendo sus propios argumentos sobre la primacía y la conveniencia general de la guarda y custodia compartida, pero no contiene ninguna referencia concreta al interés de la menor. Las únicas referencias que realiza, en relación al posible padecimiento del síndrome de alineación parental de la menor, contradicen el resultado de la prueba pericial practicada; *b)* Se destacan de modo genérico las virtudes del sistema de guarda y custodia compartida considerando que este sistema ha de prevalecer sobre cualquier otro. Sin embargo, hay que precisar que todo régimen de custodia tiene sus ventajas y sus inconvenientes y que la primacía del sistema de custodia compartida no es tal, pues lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no el interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el artículo 92 como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda. Todo ello sin perjuicio de que vuelva a plantearse un procedimiento de modificación de las medidas si concurren circunstancias para ello (**STS de 10 de enero de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Tema que puede considerarse de moda, tratado anteriormente en mis anotaciones a STS de 1 de octubre de 2010 (extracto en ADC, 2011, pp. 1952 s.), y 7 abril 2011 (extracto en ADC, 2012, pp. 952-955). Resolución, la presente, que merece ser aprobada dado que, en el supuesto del litigio hay un previo convenio regulador atribuyendo la guarda a la madre, existiendo carencia casi absoluta de prueba de los requisitos que la jurisprudencia exige para concederla, y más bien informes periciales en contra (conflictividad interparental que desaconseja la guarda conjunta). Habitualmente se exige: *a)* disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a los hijos; *b)* aseguramiento de la estabilidad del menor en relación con la situación precedente, procurando la estabilidad del entorno, las relaciones con la familia amplia, el colegio, los amigos o la ciudad o barrio; *c)* la ponderación de cuál de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro se desarrolle con normalidad; *d)* el rol de dedicación a los hijos de

uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación; e) la garantía del equilibrio psíquico del menor, para que no se vea afectado por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores; y f) la precaución de que quede deslindada la idoneidad de la custodia, con el afán por la obtención de réditos materiales indirectos, no confesados, como el uso de la vivienda o la percepción de pensiones [así M.^a Elvira AFONSO RODRÍGUEZ, «Comentario al art. 92», en *VVAA Código civil comentado* (dir. Ana Cañizares Laso et alri), I (Cizur Menor, 2011) p. 503]. Bien entendido de que se trata de criterios generales y aproximativos, que deben adaptarse al caso concreto. En todo caso, se trata de un tema de creciente actualidad en nuestros tribunales debido a la amplia divulgación social de la reforma, en este punto, de 2005 y a las sucesivas reformas legislativas en la legislación de algunos territorios (G.G.C.)

18. Divorcio: Atribución del uso de la vivienda común al marido: Acción de división.—Dos son las cuestiones que se plantean en el presente recurso de casación: a) la referida a la acción de división, a la que el marido demandado no se opone; y b) la relativa al mantenimiento del derecho de uso al marido, por ser su interés el más digno de protección, según las sentencias de separación y divorcio.

a) El artículo 400 CC recoge la vieja regla romana de acuerdo con la que nadie está obligado a permanecer en la comunidad. El derecho a obtener la división de la cosa que se ostenta en copropiedad no tiene otra excepción en aquel precepto que el pacto entre los condóminos, y aun así, con las limitaciones que el propio artículo establece. Cada comunero puede salir de la comunidad, y el Código Civil permite imponer a los demás la división, porque el régimen de comunidad tiene una naturaleza transitoria e incidental. Y por ello la acción es imprescriptible e irrenunciable. Y por ello debe aceptarse la acción de división ejercitada por la recurrente. Ambos cónyuges están de acuerdo en la división y por ello debe procederse a dividir.

b) Sin embargo, no puede admitirse que la acción de división extinga el derecho de uso atribuido al marido copropietario, cuyo interés se ha considerado el más digno de protección y por ello se le atribuyó el uso en su momento, sin que se hayan producido circunstancias modificativas que ahora obliguen a reconsiderar su mantenimiento.

Doctrina casacional sobre la naturaleza del derecho de uso.—En las sentencias de 14 y 18 de enero de 2010, esta Sala ha mantenido la doctrina de que el derecho de uso entre los cónyuges no constituye un derecho real, sino que se trata de una limitación de la facultad de disponer del propietario, que el titular puede oponer a terceros. En concreto, la primera formula la siguiente doctrina casacional: *De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar; cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la Res. de la DGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la*

limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (Res. de la DGRN de 10 de octubre de 2008). Doctrina que confirma la STS de 18 de enero de 2010. Es cierto que las dos sentencias citadas se refieren a la atribución de la vivienda a los hijos, pero están de acuerdo con otras decisiones de esta Sala que declaran que el derecho del cónyuge a ocupar la vivienda familiar que le ha sido atribuida por sentencia es oponible a terceros. En consecuencia, la acción de división del piso mantendrá el derecho del ex marido, titular de su uso, porque no han desaparecido las razones que motivaron su atribución en la sentencia de divorcio y su derecho es oponible a tercero. (STS de 27 de febrero de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G.G.C.)

19. Divorcio: Extinción de la pensión compensatoria establecida en juicio de separación: Enfermera en situación de excedencia voluntaria que no solicita reingreso: Desaparición del desequilibrio.—Con base en la doctrina jurisprudencial de la Sala 1.^a debe confirmarse la sentencia de la Audiencia Provincial que declara extinguida la pensión compensatoria a favor de la esposa fijada en el juicio de separación, con fundamento en las siguientes razones: (I) El reconocimiento del derecho a pensión en juicio anterior de separación no constituía óbice para declarar su extinción en el posterior pleito de divorcio, de considerarse acreditado —como así ha ocurrido— el supuesto normativo a que se refiere el artículo 101 CC, a saber, la desaparición o cese del desequilibrio que lo motivó; (II) La recurrente sustenta su recurso en una contemplación de la pensión compensatoria que resulta ajena a su concepción legal y jurisprudencial, pues su finalidad no es perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquélla, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo conyugal en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial. Para este fin es razonable entender que el desequilibrio que debe compensarse debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, de manera que carece de interés a tal efecto el desequilibrio cuyo origen no se encuentra en esa mayor dedicación, inversamente proporcional a la disponibilidad para estudiar y desarrollar una actividad profesional, sino en la diferente aptitud, formación o cualificación profesional de cada uno de los miembros de la pareja al margen de aquélla; (III) Consecuencia de lo anterior es que, pese a haberse apreciado una situación inicial de desequilibrio, que generó derecho a pensión, pueda también apreciarse después que el tiempo transcurrido entre la separación y el divorcio ha sido suficiente para que la esposa, dadas las circunstancias, se reincorpore a su puesto de trabajo fijo como enfermera, y con ello subvenir por sí misma a sus necesidades. La sentencia recurrida no aprecia ningún impedimento o incapacidad física o psíquica de la recurrente para trabajar como enfermera, al disponer de puesto fijo como personal estatutario en la clínica Puerta de

Hierro de Madrid, lo que implica que la superación del desequilibrio estaba a partir de entonces en su mano y no dependía del éxito en la búsqueda del empleo. A estos efectos resulta irrelevante que el ex-marido, pese a haber sufrido un infarto, haya mantenido la cuantía de sus ingresos como cirujano, y, por consiguiente, su nivel de vida. (STS de 23 de enero de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Pese a no poderse considerar cerrado el debate sobre la ultima ratio de la prestación compensatoria —así bautizada en la reforma de 2005 por el legislador—, parece razonable la decisión judicial que la declara extinguida cuando la beneficiaria, al cabo de cierto tiempo de decretarse el divorcio, adopta una actitud absolutamente pasiva en relación con la posibilidad de reingresar en su antiguo trabajo de enfermera, en el que pidió la excedencia al contraer matrimonio. Para que se conceda la prestación, la situación de desequilibrio ha de producirse en el momento de la ruptura legal, y no cabe argumentar luego con la mejora de ingresos que el marido experimenta posteriormente con la clínica que regenta (pese a haber sufrido un infarto), pues ello obedece a su actividad y preparación profesional, ajeno totalmente a la situación matrimonial que había tenido. Es claro que esta prestación compensatoria no tiene la naturaleza jurídica de una pensión de alimentos, pero, aunque lo fuera, la conducta pasiva por parte del alimentista sería, en todo caso, una causa de extinción de aquella. Pedir el reingreso en la clínica no puede equipararse al hecho de lograr actualmente un puesto de trabajo en el INEM. (G.G.C.)

20. Divorcio: Extinción de la pensión compensatoria por mantenimiento de vida marital: Su significado.—Desde la entrada en vigor de la Ley de 7 de julio de 1981, se ha intentado interpretar la disposición contenida en el artículo 101.1 CC, que ahora resulta cuestionada en este litigio. En la doctrina se han mantenido dos posturas: la de quienes entienden que el Código Civil utiliza la expresión «vivir maritalmente» como equivalente a convivencia matrimonial, y la de quienes entienden que cualquier tipo de convivencia estable de pareja lleva a la extinción de la pensión y que no quedan incluidas las convivencias ocasionales o esporádicas. Esta misma discrepancia se ha reproducido en las sentencias de las Audiencias Provinciales.

Para darle sentido a dicha regla, deben utilizarse dos cánones interpretativos: el de la finalidad de la norma y el de la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada de acuerdo con el primero, la razón por la que se introdujo esta causa de extinción de la pensión compensatoria fue la de evitar que se ocultaran auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, precisamente para impedir la pérdida de la pensión compensatoria, ya que se preveía inicialmente sólo como causa de pérdida el nuevo matrimonio del cónyuge acreedor. El Código Civil Catalán también incluye esta causa de extinción, tal como lo había recogido el Código de Familia Catalán.

Utilizando el segundo canon interpretativo, debe señalarse asimismo que la calificación de la expresión «vida marital con otra persona» puede hacerse desde dos puntos de vista distintos: uno, desde el subjetivo, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromi-

so serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma; otro, el elemento objetivo, basado en la convivencia estable. En general, se sostiene que se produce esta convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, es decir, *more uxorio*, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones. Los dos sistemas de aproximación a la naturaleza de lo que el Código denomina «vida marital» son complementarios, no se excluyen y el carácter no indisoluble del matrimonio en la actualidad no permite un acercamiento entre las dos instituciones sobre la base de criterios puramente objetivos distintos de la existencia de forma, porque es matrimonio el que se ha prolongado durante un mes siempre que haya habido forma y es convivencia marital la que ha durado treinta años, pero sin que haya concurrido la forma del matrimonio.

De acuerdo con lo anterior, podemos entender que la convivencia de la ex-esposa con una tercera persona durante año y medio, que la propia implicada reconoció haberse producido y que la sentencia recurrida tiene por cierta, tuvo el carácter de «vida marital» a efectos de la extinción de la pensión compensatoria, por las siguientes razones: 1.^a) La valoración de la prueba efectuada por la sentencia recurrida admite que se produjo una relación sentimental de un año y medio de duración, que no se había ocultado, siendo conocida por amigos y familiares, siendo pública en actos sociales; 2.^a) Aunque al parecer no se produjo una convivencia continuada bajo el mismo techo, se habían producido continuas permanencias y/o visitas de uno en el domicilio del otro, encuentros de manera pública en el vehículo del varón y en diversos establecimientos hoteleros de la ciudad y sus alrededores; 3.^a) Estas relaciones tuvieron las características de permanencia: duraron un año y medio; fueron exclusivas mientras duraron, y dieron a entender en el entorno social de los convivientes que se trataba de relaciones sentimentales con una cierta estabilidad; 4.^a) Los hechos probados permiten aplicar la anterior interpretación de lo que debe entenderse por «vida marital» del artículo 101 Cc; 5.^a) La extinción de la pensión no puede considerarse una sanción, sino simplemente el cese de la obligación de mantener una prestación a cargo de una persona que, no debe olvidarse, ya no tiene ningún deber de socorro para con su ex-cónyuge, y que mantiene la obligación de la pensión únicamente si el divorcio ha producido un desequilibrio (**STS de 9 de febrero de 2012**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—En la doctrina más reciente se coincide en fijar su finalidad «para evitar situaciones fraudulentas consistentes en no contraer nuevo matrimonio para no perder el derecho a la pensión derivado de un matrimonio anterior», siendo necesario «una convivencia o cohabitación de carácter permanente y estable, con la creación de una apariencia matrimonial o de un status paramatrimonial o de posesión de estado familiar *de facto*, no siendo suficiente la convivencia esporádica, episódica u ocasional ni tampoco la simple relación amorosa o afectiva sin convivencia, sin que por ello tenga que ser definitiva en el tiempo» [NAVARRO MIRANDA, «Comentario al artículo 101», en *VVAA Código civil comentado* (dir. Ana Cañizares Laso et alri), I (Cizur Menor 2011), pp. 546 s.]. En el presente caso la prueba se facilitó por la admisión de los hechos por parte de la interesada, y parece que la vida marital sólo tuvo una duración de año y medio, lo que parece suficiente para integrar el supuesto de hecho codicial (*G.G.C.*)

21. Adopción: Requisitos: Menor abandonado: Tardío reconocimiento paterno: Acogimiento preadoptivo: Derecho del padre a ser oído, pero no a prestar asentimiento.—Se declara probado que: *a)* De las relaciones entre D.^a Rosario y Don Anselmo nació un niño, Román, el 19 de octubre de 2006, cuya filiación paterna no se inscribió, y cuya madre manifestó su voluntad de dejar al niño bajo la tutela de la Comunidad de Madrid para su posterior adopción. La Comisión de Tutela del menor declaró el desamparo y asumió la tutela. *b)* Don Anselmo había sido condenado el 6 de junio de 2006, como autor de un delito de maltrato con atenuante de drogadicción, cometido en la persona de D.^a Rosario, al conocer el embarazo; *c)* Después del nacimiento del niño Don Anselmo reclamó la paternidad, que le fue concedida por sentencia 4 de junio de 2007, pero no llegó a tener contacto con su hijo; *d)* La Comisión de Tutela de la Comunidad de Madrid dio el niño en acogimiento familiar preadoptivo e inició los trámites de la adopción. El padre solicitó la suspensión del procedimiento y que se tramitara el incidente regulado en el artículo 781 Lec, a los efectos de prestar su asentimiento para la adopción, según el artículo 177.2 CC. A ello se opuso la Comisión considerando que el padre se hallaba incurso en causa de privación de la patria potestad, por lo que no podía prestar tal asentimiento según el artículo 177 CC; *e)* El Juzgado de Primera Instancia núm. 80 de Madrid, en sentencia de 31 de julio de 2008 desestimó la petición del padre considerando que el niño había estado desprotegido desde el nacimiento hasta la declaración de la filiación, porque el padre no había cumplido sus obligaciones de protección y por ello estaba incurso en causa de privación de la potestad y no debía concurrir prestando el asentimiento para la adopción; *f)* La sentencia de la Audiencia Provincial, sección 22, de Madrid, de 22 de enero de 2010, estimó el recurso de apelación formulado por el padre, entendiendo: que debe atenderse prioritariamente al interés del menor y que de la conducta del apelante se desprende que estuvo imposibilitado para asumir las obligaciones inherentes a la patria potestad, pues legalmente no era el padre y existía un obstáculo legal al haber sido declarado el menor en desamparo. Pero después del nacimiento del menor inicia una intensa actividad tendente a determinar la filiación y a asumir sus obligaciones como padre, por lo que no se le puede considerar incurso en causa legal de privación de la patria potestad. Por ello no puede atenderse a la doctrina tradicional que mantiene que el momento concreto es el decretarse el desamparo, sino que debe examinarse el contexto en que se produce. Finalmente, la condena por una agresión a la madre no puede determinar que el padre tenga una conducta agresiva permanente, ni que tuviera intención de hacer daño al feto.

Significado de «estar incluso en causa legal de privación de la patria potestad».—Resulta difícil establecer reglas concretas sobre los temas que presenta el artículo 177. 1 CC, en relación con el artículo 170, es decir, cómo y cuándo debe concurrir una causa de privación de la patria potestad que hará innecesario que el progenitor preste su asentimiento para la adopción. De entrada, debe recordarse el artículo 9.2 de la Convención de las Naciones Unidas de 1989, sobre los Derechos del Niño, que establece que en todo procedimiento relacionado con la separación del menor de sus padres «se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones». A este respecto resulta significativo el razonamiento de la STC 58/2008, de 28 de abril, según el cual no puede perderse de vista que la decisión a adoptar, precisamente por la flexibilidad con la que el legislador regula este tipo de procesos, ha de atender esencialmente a las circunstancias concretas del caso y a la relación que los distintos procedimientos guardan entre sí por referirse a un mismo menor y, con frecuencia, a sus progenitores

biológicos y a los adoptantes o posibles adoptantes. En consecuencia, la interpretación que debe darse a la expresión del artículo 177, 2, 2.º CC pasa por dar contenido a la frase «incurso en causa legal para tal privación».

Esta Sala ha dicho que la cláusula general sobre el significado del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que esta disposición ha de ser interpretada de acuerdo con las circunstancias del caso, sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho; hay privación cuando el padre solo había pagado algunas mensualidades de pensión, y ello por la reclamación de la madre; o cuando el padre entregó su hija a la Administración por no poder atenderla, o bien cuando el padre había cometido un delito de parricidio contra la madre.

En cuanto al momento en que debe concurrir, y ello a los solos efectos de la prestación del asentimiento, según exige el artículo 172.2 CC, hay que tener en cuenta que la declaración de desamparo se produce precisamente por el incumplimiento por su padre de sus deberes; y mientras se mantenga el incumplimiento, se mantendrá la declaración de desamparo, con las medidas complementarias. De aquí que cuando el menor esté protegido por medio de la declaración de desamparo, se está produciendo un incumplimiento de los deberes inherentes a la potestad y corresponderá demostrar lo contrario a quien lo niegue. Finalmente, hay que señalar que es indiferente que la causa del incumplimiento sea subjetiva u objetiva, aunque las circunstancias de cada caso deberán llevar a las correctas conclusiones en aplicación de la regla de la protección del menor.

En el presente caso se consideran las siguientes circunstancias concurrentes: 1.º) Resulta probada la desatención al niño. Efectivamente, aparte del hecho del tardío reconocimiento efectuado mediante una declaración judicial en el ejercicio de una acción de filiación por parte del padre, éste no se ocupó del niño desde el momento del nacimiento, en que fue declarado en situación de desamparo, ni consta que después de la inscripción de la filiación en virtud de la sentencia tomara ninguna medida para hacerse cargo del hijo. 2.º) Los antecedentes del padre en relación al episodio de violencia con la madre embarazada propiciaban que debiera extremarse la protección del menor. Por todo ello, de acuerdo con la doctrina de la STS de 31 de julio de 2009, procede concluir que el progenitor estaba incurso en causa de privación de la patria potestad y por tanto no se requiere su asentimiento a la adopción proyectada. **(STS de 6 de febrero de 2012; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—He aquí otro supuesto de adopción de menores abandonados en el que la resolución del Tribunal Supremo revoca la de la Audiencia Provincial basada en argumentos similares, a los de la dictada en el caso de la STS de 31 de julio de 2009. Todavía la situación fáctica de aquella se extrema en el supuesto actual dado que el menor no ha llegado a tener, de hecho, ningún hogar biológico, por lo cual el único que ha conocido el niño Román —que cumplirá seis años al fallar el Tribunal Supremo— ha sido el de los adoptantes. Si a ello se une la conducta, nada ejemplar, del padre durante el embarazo con la madre, la solución no parece ofrecer duda sobre quien recibirá las simpatías del lector. Con todo hay algunas lagunas en el relato de hechos probados: ¿convivían los

padres al nacer? ¿conoció el padre la declaración de desamparo que hizo la madre? Pero lo cierto es que antes de transcurrir un año desde el nacimiento, toma una decisión que va a comprometerle jurídicamente en el futuro, ejercitando la acción de reclamación de paternidad, y ello le permite comparecer a tiempo en el procedimiento adoptacional, instando el incidente. Es la primera actuación ante los tribunales y su voluntad no ofrece dudas: quiere hacerse cargo de la guarda de la menor con la finalidad de ofrecerle un hogar. Ningún dato se ofrece sobre su circunstancia laboral y social al tiempo de pleitear, pero una condena penal anterior por maltrato no parece ser obstáculo para creer que pudo haberse curado de la drogadicción. Sin duda, en su respecto se ha cumplido la exigencia del Convenio de 1989 de poder manifestar su parecer, pero ¿se volvió a preguntar a la madre sobre el tema, ya que podía haberse arrepentido de su voluntad de abandono?

En el caso resuelto por la STS de 21 de febrero de 2011 (extracitada y anotada en ADC, 2012, pp. 969-972), de idéntico ponente, el fallo, que calificó *en cierto modo contracorriente*, atribuye la guarda al padre, ex-drogadicto, con minusvalía del 67% y que había protagonizado episodios de violencia contra la madre. Declara asimismo que las situaciones que exigen la protección del menor no se limitan a la declaración de desamparo y asunción de la tutela por parte de la Administración pública, sino que la protección del interés del menor autoriza la adopción de otras *medidas menos radicales* (énfasis añadido). ¿Hubieran podido aplicarse en el caso aquí contemplado?

Por otra parte, no cabe duda que el supuesto contemplado en el artículo 172.2.2.º CC pertenece a un «Derecho sancionador civil», escasamente perfilado por la jurisprudencia y la doctrina. Un estricto concepto de la tipicidad de la conducta consistente en «estar incurso en causa legal para la privación de la patria potestad» nos haría dudar, incluso, de su constitucionalidad. En todo caso, no cabe duda que en la regulación civil del procedimiento adoptacional, la Administración *juega con ventaja*. (G.G.C.)

DERECHO DE SUCESIONES

22. Sucesión testamentaria: Nombramiento de albacea contador-partidor: Extinción del cargo por realización de las funciones.—Se desestima el recurso con base en los siguientes argumentos:

1.º) El testador puede encomendar la facultad de efectuar la partición a un contador-partidor o a un albacea. En este caso, se especifican unas concretas facultades del albacea que de acuerdo con lo que dispone el artículo 901 CC, quedan incluidas de forma expresa en las funciones que el testador les ha atribuido. Como afirma la ya antigua STS de 5 de julio de 1947, cuando a los albaceas universales, como es el recurrente, está conferida por el testador la facultad de hacer la partición, no por ello ostentan dos cargos, sino solamente el de albacea, en el que caben, con arreglo al artículo 901 CC, cuantas facultades conducen al cumplimiento de las disposiciones testamentarias que no

sean contrarias a las leyes. En consecuencia, no puede haberse infringido el artículo 1057 CC, que reconoce simplemente la facultad de encargar a un tercero, que no es necesario que sea albacea, la facultad de contar y partir los bienes hereditarios.

2.º) Es una regla interpretativa general que una vez otorgado el correspondiente cuaderno particional, cesan en su función los ejecutores testamentarios a quienes se haya otorgado dicha facultad. La jurisprudencia que el recurrente alega a su favor no contiene exactamente la doctrina que se le atribuye. Así la STS de 8 de octubre de 1932 desestimó el motivo relacionado con la interpretación errónea del artículo 910 CC por cuanto la declaración del Tribunal *a quo* de haber terminado el albaceazgo fundada en haberse hecho la adjudicación de los bienes inventariados a los herederos en el año 1927, se halla conforme con el citado precepto legal y la jurisprudencia invocada que unánime sienta la doctrina de que cuando el heredero está en posesión de los bienes de la herencia por entrega formal que le hizo el albacea, queda terminada la testamentaría y el albaceazgo, a lo que se opone la omisión de algunos bienes en el inventario y subsiguiente adjudicación que pueden ser objeto de una nueva operación a realizar por los herederos, mas no por los albaceas que, por haber cumplido su encargo, ha terminado la función que les fue encomendada. Y la STS de 14 de febrero de 1952, dice que la aprobación por los interesados de las operaciones particionales y la incorporación a su patrimonio de los bienes de la herencia, ponen término a la testamentaría y al albaceazgo, y al cesar los Albaceas, por este modo normal, en su cargo, quedan desprovistos de la personalidad que durante el mismo tenían para accionar con aquel carácter, sin que les sea lícito practicar nuevas operaciones que modifiquen o sustituyan las ya aprobadas, aunque hayan incurrido en estas en errores de valoración, omisiones de bienes o adjudicación indebida, cuya enmienda, como el ejercicio de las acciones que de ella se deriven, corresponde a los herederos. Esta doctrina ha sido mantenida por la Sala en decisiones posteriores, así en SSTs de 11 de junio de 1955 y 13 de abril de 1992. Y aunque no menciona la ley la extinción del albaceazgo por realización del encargo, ha sido admitida por la jurisprudencia casacional (SSTs 3 de enero y 9 de junio de 1962, 22 de abril de 1967 y 25 de enero de 1971). De este modo, se entiende acabado el albaceazgo cuando haya terminado la partición y se haya hecho entrega de los bienes a los herederos.

De aquí se deduce que los albaceas contadores partidores nombrados en el testamento que rigió la sucesión del causante del causante acabaron su función en el momento en que entregaron el cuaderno particional e hicieron entrega a las herederas de los bienes relictos. El desacuerdo entre las herederas y la legitimaria no resucita la función de los albaceas, por lo que la demanda debía ser desestimada en relación a ellos, como así ocurrió, al haber acabado ya su función (**STS de 5 de enero de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (*G.G.C.*)

DERECHO MERCANTIL

23. El abuso de posición dominante en el artículo 82 TCE.—Según el TJUE, la negativa por parte de una empresa que ocupa una posición dominante en el mercado de un producto determinado a atender los pedidos realizados por un cliente anterior constituye una explotación abusiva de dicha

posición dominante en el sentido del artículo 82 TCE cuando, sin ninguna justificación objetiva, esa conducta pueda dar lugar a la eliminación de la competencia de una empresa con la que se mantienen relaciones comerciales (STJUE de 16 de septiembre de 2008). A este respecto, el TJUE ha declarado que la circunstancia de que una sociedad filial tenga personalidad jurídica separada no basta para excluir que su comportamiento se impute a la sociedad matriz, en particular, cuando aquella no determina de manera autónoma su conducta en el mercado, sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte ésta (STJUE de 16 de noviembre de 2000). En nuestro ordenamiento, se considera que los grupos de sociedades se caracterizan por la sumisión a la dirección económica ejercida por la dominante, lo que se presume, entre otras situaciones, cuando la matriz posea la mayoría de los derechos de voto o tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración de la filial.

La acción de resolución y su relación con el Derecho de la competencia.—El artículo 1124 CC reconoce al contratante perjudicado la facultad de resolver el vínculo cuando la otra parte hubiera incumplido la obligación a su cargo. La jurisprudencia ha entendido que este precepto permite el ejercicio de la facultad resolutoria mediante declaración extrajudicial dirigida a la parte incumplidora, si bien a reserva de que ésta, si no está conforme, acuda a los tribunales para negar el incumplimiento resolutorio o rechazar la oportunidad de hacerlo valer como causa de extinción sobrevenida de la resolución contractual (SSTS de 15 de junio de 1993 y de 20 de mayo de 2005, entre otras).

No todo incumplimiento es suficiente para resolver un vínculo obligacional sinalagmático. Para que el incumplimiento tenga fuerza resolutoria es necesario que sea esencial y además: *a*) que se tenga por haber sido esa la voluntad, expresada o implícita, de las partes contratantes; *b*) que sea intencional y haga pensar a la otra parte que no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro; *c*) que el contratante cumplidor se vea privado sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, siendo ello previsible para el incumplidor. Incluso concurriendo un incumplimiento de entidad resolutoria, la jurisprudencia exige que quien ejercite la acción prevista en el artículo 1124 CC no esté también en situación incumplidora, salvo que sea como consecuencia del previo incumplimiento del otro contratante (SSTS de 21 de octubre de 1994 y de 7 de junio de 1995). Además, hay que tener en cuenta que esta facultad resolutoria del artículo 1124 CC también puede ser ejercitada con abuso de derecho, en cuyo caso la regla *qui suo iure utitur neminem laedit* no puede impedir su desamparo (art. 7.2 CC).

Estas reglas tienen que ponerse en relación con el Derecho de la competencia. Conforme al Alto Tribunal, éste exige de las empresas en posición dominante un comportamiento impecable en la defensa de sus intereses, a fin de que armonicen su voluntad de ser competitivas con las consecuencias restrictivas que su actuación pueda producir en el mercado. Así, puede ocurrir que comportamientos que serían lícitos para otras empresas, puedan no serlo para las que ocupan una posición de dominio —normalmente, por haber utilizado medios desproporcionados en su actuación defensiva—. Cuando una empresa ocupa una posición dominante debe, en su caso, adaptar su comportamiento para no obstaculizar la competencia efectiva en el mercado (STJUE de 15 de febrero de 2005). Ahora bien, la existencia de una posición dominante no puede privar a una empresa que se encuentra en dicha posición del derecho a proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos son ataca-

dos, por lo que se le debe reconocer, en una medida razonable, la facultad de realizar los actos que juzgue adecuados para protegerlos –pero no son admisibles tales conductas cuando su finalidad sea, precisamente, reforzar esta posición dominante y abusar de ella–. (STS de 14 de febrero de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.– EK es una operadora de telecomunicaciones y de televisión de pago con licencia para prestar servicios de telecomunicaciones por cable en el País Vasco. SC es una sociedad que explota un canal de televisión por concesión administrativa, en abierto y su filial CSD explota una plataforma de televisión digital por el que emite un conjunto de programas generales o temáticos, con tecnología digital y vía satélite y, en particular, uno por el sistema pago por visión. AS no operaba ningún canal o plataforma de televisión, sino que se dedica a intervenir en el mercado de derechos audiovisuales, comprando, revendiendo o licenciando, habiéndose especializado en derechos audiovisuales deportivos y, en particular, en los relativos a los partidos de liga de la primera y segunda división y de la Copa del Rey, salvo, en cuanto a ésta, la final del campeonato. AS era titular de esos derechos como usufructuaria, en la modalidad ppv, hasta la temporada de 2005 y 2006, siendo la nuda propietaria CSD. Así, AS ostentaba en España una cuota del 100% del mercado de la adquisición de derechos de retransmisión sobre tales acontecimientos deportivos. El alto coste de adquisición de estos derechos determinaba que sólo pudieran pujar por ella los grandes grupos de televisión, con la expectativa de recuperar la inversión con las prestaciones de sus abonados, mediante el sistema *pay per view* o pago por visión (ppv).

EK había celebrado dos contratos, uno con CSD y otro con AS. Una de las cláusulas de este último contrato regulaba la contraprestación que debía pagar, estableciendo unos mínimos garantizados, los cuales se calculaban por la otra parte contratante de forma conjunta para todos los operadores de la Asociación de Operados por Cable. Como las estimaciones carecían de equidad, EK solicitó la adaptación de los mínimos a un criterio consistente en las ventas realizadas. Al no obtener satisfacción a sus reclamaciones, interesó la intervención arbitral de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, siendo partes en el procedimiento ella y SC. La Comisión emitió un laudo por el que impuso a SC la obligación de negociar con EK la adaptación del sistema de mínimos garantizados sobre las ventas reales, dando por supuesto que quedaba sin efecto la cláusula citada del contrato. AS se negó a negociar y seguía considerando vigente tal cláusula, pese al contenido del laudo. EK procede a pagar no lo resultante de la cláusula, sino las cantidades debidas conforme a los consumos de sus abonados. Por tal motivo, AS decidió dar por resuelta la relación contractual por una carta.

EK interpone demanda alegando: 1) que resultaba esencial contar con determinados contenidos de programación para obtener suscripciones de sus clientes: las películas y el fútbol; 2) que AS forma parte del grupo de empresas de SC, la cual ostenta la mayoría de los derechos de voto de aquella; 3) que SC y AS ostentan una posición de dominio en los mercados de la televi-

sión de pago y de adquisición y venta mayorista de derechos sobre el fútbol, contrario al artículo 82 TCE. Solicita que se declare que la resolución del contrato resulta injustificada e impropcedente, y la vigencia del contrato. En el escrito de contestación, AS alegó que ostentaba una identidad empresarial y jurídica distinta respecto de SC y que, además, no era una sociedad controlada por ella, particularmente en lo relativo a los derechos televisivos sobre los partidos de fútbol. En relación con el contrato celebrado con EK, afirmó: *a)* que los mínimos que establecía la cláusula controvertida fueron cuestionados por EK ante un Juzgado de Primera Instancia y su demanda fue desestimada en las dos instancias, con posterioridad a los compromisos ante la Comisión y al acuerdo del Consejo de Ministros; *b)* que ella no había sido parte en el procedimiento arbitral; *c)* que EK había incumplido el contrato, al negarse a pagar lo establecido en la cláusula del contrato y que, como causa en tal incumplimiento, decidió resolver el mismo; *d)* niega el abuso de posición dominante, afirmando la falta de afectación al comercio entre los Estados miembros. Por su parte, SC reitera las alegaciones de AS. El Juzgado de Primera Instancia declaró que AS incurrió en abuso de posición dominante, prohibido por el artículo 82 del Tratado de Ámsterdam, al resolver mediante misiva el contrato que le vincula con EK. Además, declara la vigencia de éste, sin perjuicio de la obligación de EK de satisfacer la remuneración que le incumbe en los términos del contrato. Desestimó las restantes pretensiones deducidas contra AS así como todas las ejercitadas frente a SC.

En apelación, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso interpuesto por EK y desestima plenamente el recurso interpuesto por AS. Declara que tanto SC como AS incurrieron en abuso de posición dominante. El abuso de posición dominante en el mercado de las retransmisiones televisivas de partidos de fútbol mediante el sistema de pago por visión, se afirma por el hecho de haber resuelto AS la relación contractual que le vinculaba con la demandante.

SC y AS interponen recurso de casación, alegando la infracción del artículo 82 TCE y de los artículos 1101 y 1124 CC. Las recurrentes sostienen que la justificación de la resolución contractual excluyó toda posibilidad de abuso de posición dominante, por lo que se trata de averiguar si ello es así. El Tribunal Supremo se plantea si la resolución extrajudicial por parte de AS respetó las normas reguladoras de las relaciones contractuales recíprocas, y si se acomodó a las que sancionan la interdicción del abuso de posición dominante. El Alto Tribunal declara acertada la conclusión de la AP en este sentido. La decisión de AS de resolver el contrato no estuvo justificada desde el punto de vista del derecho de la competencia, particularmente, el contenido del laudo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Es cierto que dicho laudo fue anulado por una sentencia firme. Sin embargo, ello no eliminó el efecto admonitorio de su contenido, por razón de haber sido emitido en expresión del criterio de la autoridad nacional de regulación del sector de las telecomunicaciones en España, cuya función alcanza, además de la resolución de conflictos entre operadores, la supervi-

sión de las obligaciones específicas que deben cumplir los mismos y el fomento de la competencia. Además, la resolución del contrato favoreció a la empresa SC. Por otro lado, entiende el Tribunal Supremo que, aunque la actuación calificada como abusiva tuvo lugar en España, la posición de dominio de las demandadas en el mercado de referencia, la repercusión directa de aquella sobre el régimen de determinación de precios y sobre una efectiva obstaculización de la competencia, podría alterar la estructura del mercado y afectar a las corrientes de comercio entre los Estados miembros. Es más, en la sentencia recurrida se declaró probado que SC ejercía sobre AS una efectiva dirección unitaria, no sólo por ser titular del mayor número de sus participaciones y por haber nombrado casi a todos los miembros de su órgano de administración, sino también porque había asumido ante la Comisión Europea y el Consejo de Ministros de España, unos compromisos que debía cumplir AS. En definitiva, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso y confirma la sentencia de la Audiencia Provincial.

NOTA.—El artículo 2.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia prohíbe expresamente el abuso de la posición dominante. Ésta hay que entenderla como aquella situación en la que una empresa tiene la posibilidad de desarrollar un comportamiento relativamente independiente que le permite actuar en el mercado sin tener en cuenta a los proveedores, clientes o competidores. Esa explotación abusiva puede darse por parte de una o varias empresas y en todo o en parte del mercado nacional. El apartado 2 del precepto indicado señala algunas situaciones en que puede consistir el abuso: *a)* la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos —como ocurre en el caso de la sentencia reseñada—; *b)* la limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores; *c)* la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios; *d)* la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; *e)* la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos. No obstante, hay que señalar que el ordenamiento español no prohíbe la mera posición dominante, puesto que ésta puede ser el resultado de una correcta actividad empresarial, sino que lo prohibido es el abuso que se pretenda hacer de la misma, restringiendo la libre competencia y debilitando a los competidores, obstaculizando así la entrada de otras empresas o aplicando condiciones injustas a clientes o proveedores. Por otro lado, el Tribunal Supremo también se refiere a la facultad de resolución del artículo 1124 CC. Respecto a la misma, cabe destacar varias notas esenciales. La primera, que tal precepto establece un régimen dispositivo, por lo que las partes pueden cambiarlo, agravándolo en contra del deudor. La segunda, que cabe el ejercicio extrajudicial de esta facultad, si bien los tribunales son los competentes para determinar su procedencia cuando es impugnada. La tercera, que la resolución es un remedio excepcional frente al

incumplimiento, pues ésta no se decretará cuando los intereses de las partes puedan quedar satisfechos concediendo un nuevo plazo para cumplir. La cuarta, que cabe ejercer también, junto con esta acción, la *exceptio non adimpleti contractus* frente a la reclamación de la otra parte, pues en las obligaciones recíprocas el cumplimiento debe ser simultáneo. Además, hay que tener en cuenta los requisitos para el ejercicio de la acción de resolución: *a)* que estemos ante una obligación sinalagmática; *b)* que el incumplimiento sea de la obligación principal; *c)* que el incumplimiento sea grave, es decir, que afecte a la totalidad de la obligación o a una parte importante de la misma. (S.L.M.)

24. Sociedades Anónimas. Impugnación de acuerdos lesivos para el interés social: requisitos.—La jurisprudencia ha manifestado que para la viabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales por lesivos es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: un acuerdo que lesione los intereses de la sociedad, que la aprobación de dicho acuerdo beneficie a uno o varios socios o un tercero; y un nexo causal entre la lesión y el beneficio.

Sociedades Anónimas. Impugnación de acuerdos lesivos al interés social: determinación del interés social.—La jurisprudencia considera que el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, entendidos como intereses comunes de todos los socios. Ahora bien, la defensa de los participantes minoritarios hace que los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad.

Sociedades Anónimas. Impugnación de acuerdos lesivos al interés social: control judicial.—Corresponde a los empresarios la adopción de las decisiones empresariales, acertadas o no, sin que el examen del acierto intrínseco en sus aspectos económicos pueda ser fiscalizado por los Tribunales, escapa por entero al control de la jurisdicción. Sin embargo, la trascendencia económica que en las sociedades capitalistas tiene el correcto desarrollo de la vida interna, justifica que dentro de ciertos límites el Estado se inmiscuya, lo que permite el control sobre la lesividad de los acuerdos de sus órganos colegiados, pero siempre con cautela y ponderación, para no interferir en la voluntad social y en la esfera de acción reservada por la Ley y los estatutos a los órganos sociales.

Sociedades Anónimas. Impugnación de acuerdos lesivos al interés social: la existencia de lesión.—No es necesario que el daño o la lesión efectivamente se haya producido, y tenga constancia materializada, ya que es suficiente que exista peligro potencial de que se ocasione, pero es necesario que se aporten pruebas objetivas suficientes de las que pueda presumirse o deducirse, en un proceso lógico normal y con racionalidad media, que se ocasionará el resultado negativo advertido y denunciado, con la mayor carga de probabilidad, toda vez que la suposición se proyecta hacia hechos futuros, que precisan del necesario apoyo en actuales y concurrentes.

Sociedades Anónimas. Impugnación de acuerdos lesivos al interés social: beneficio para socios o terceros.—La impugnación de los acuerdos por esta causa exige que se constate la desviación del poder de decisión de la mayoría, de tal forma que se pueda identificar que el acuerdo lesivo para los

intereses de la sociedad lo es en beneficio de alguno o varios socios, es precisamente la discriminación entre los socios lo que constituye el supuesto legal de la impugnación, o de terceros, en el bien entendido de que el requisito del beneficio de uno o varios socios, no hay que entenderlo exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino que también puede consistir en cualquier ventaja de carácter político-social o profesional. El resultado lesivo debe probarse en cuanto afecten a la sociedad misma, no bastando su mera alegación. (STS de 17 de enero de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos.]

HECHOS.—Las demandantes, en su condición de accionistas minoritarias de T., SA, impugnaron el acuerdo del Consejo de Administración que aprobó el cambio de imagen efectuado por la compañía y que supone el uso, como signo distintivo de la propiedad industrial, de la denominación T. y del gráfico y denominación A., conjuntamente por entenderlo lesivo para la compañía, en beneficio de A., que es su accionista mayoritario. El Juzgado de lo Mercantil número Cinco de Madrid desestimó íntegramente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid estimó la existencia de lesión al interés de la sociedad en beneficio del socio mayoritario y, revocó la sentencia de la primera instancia y estimó la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada (N.D.L.)

25. Sociedades de Responsabilidad Limitada. Transmisión de participaciones sociales: forma.—Nuestro ordenamiento consagra el criterio espiritualista con el que el Ordenamiento de Alcalá reaccionó ante el formalismo de las Partidas, artículo 1278 CC. En esta línea, en el ámbito de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, el artículo 20.1 de la Ley de 1953 disponía que la transmisión de participaciones sociales se formalizará en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil, y fue modificado por la Ley 19/1989, de 25 de julio, que suprimió la inscripción de la transmisión de participaciones en el Registro Mercantil y sustituyó la exigencia de «escritura pública» por la de «documento público», que mantiene el artículo 26.1 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, al disponer la transmisión de las participaciones sociales, así como la constitución del derecho real de prenda sobre las mismas, deberán constar en documento público. La referida exigencia formal ha sido entendida en el sentido de que no tiene carácter esencial, *ad substantiam* o *solemnitatem*, para la perfección de la transmisión, sólo cumple la función de medio de prueba, *ad probationem*, y de oponibilidad de la transmisión a los terceros, *ad exercitium* o *utilitatem*.

Sociedades de Responsabilidad Limitada. Transmisión de participaciones sociales: donación.—La donación de participaciones sociales, ante la ausencia de norma especial, es aplicable el régimen jurídico general de la donación, contenido en el Código Civil y, en concreto, el propio de la que tiene por objeto bienes muebles, artículos 333 y 335, en relación con el artículo 632, todos del Código Civil, no supone la supresión de requisitos formales, ya que alternativamente ha de hacerse necesariamente por escrito, aunque sea privado, y constar en la misma forma la aceptación» y si la donación fuera verbal, realizarse con la entrega simultánea de la cosa donada.

Además, si se hace por escrito, deben constar de forma expresa los consentimientos de donar y de aceptar, ya que, en otro caso, resultará de aplicación la doctrina sentada por la jurisprudencia para la donación de inmuebles. (**STS de 5 de enero de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—Don H donó en documento privado a su hijo don L. C. un lote de participaciones sociales, de la sociedad de responsabilidad limitada M., S.L., posteriormente don H. aporta tales participaciones sociales a la sociedad de gananciales existente entre don H. y su esposa doña E. El donatario demandante interesó que se declarase la validez de la donación y su condición de titular de las participaciones donadas. El Juzgado de primera Instancia número Cuatro de Albacete declaró la existencia de la donación; su eficacia frente a la sociedad y el derecho del demandante a los rendimientos de lo donado y la nulidad de la aportación a la sociedad de gananciales de las participaciones previamente donadas. Recurrída en apelación, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Albacete desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada (*N.D.L.*)

26. Prohibición de actuar contra los actos propios. Admisión. Vulneración del principio de buena fe.—Nuestro Código Civil carece de norma específica que se refiera de forma expresa a la prohibición de actuar contra los propios actos, pero la doctrina y jurisprudencia coinciden que la *regla venire contra factum proprium non valet* (no es lícito actuar contra los propios actos), constituye una manifestación del principio de buena fe que, como límite al ejercicio de los derechos subjetivos, impone el artículo 7 CC.

Prohibición de actuar contra los actos propios. Requisitos.—La jurisprudencia considera que la prohibición de actuar contra los actos propios precisa: que exista una conducta jurídicamente relevante previa y consciente de sus consecuencias; que tal conducta tenga una significación inequívoca e incompatible con la posterior; y que las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables.

Contratos. Causa: concepto.—El concepto de causa que utiliza el Código Civil es el de «causa objetiva» abstractamente considerada, salvo los casos excepcionales en que el móvil se integra en la función objetiva del negocio jurídico, caso del móvil causalizado, el móvil subjetivo es intrascendente para el derecho, de tal forma que el móvil subjetivo es, en principio, una realidad extranegocial, a no ser que las partes lo incorporen al negocio.

Contratos. Causa: ilícita.—El contrato precisa para ser eficaz, que la causa, además de existir, sea lícita ya que, en otro caso, como señala el artículo 1275 CC no produciría efecto alguno.

Sociedad de responsabilidad limitada. Transmisión de participaciones sociales: restricciones.—La transmisión de participaciones sociales, bien que sujeta a ciertas restricciones, está expresamente permitida por la norma, al extremo de que el artículo 30.1 LSRL, hoy artículo 108 de la Ley de Sociedades de Capital, dispone que serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos inter vivos, por lo que la compraventa de participaciones sociales y su causa típica, la transmisión de su titularidad propiedad a cambio de un precio

en dinero, es lícita, sin perjuicio de que en el supuesto de que la transmisión vulnere la ley o los estatutos no produzca efectos frente a la sociedad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 34 de LSRL (hoy 112 de la Ley de Sociedades de Capital) y de que los socios cuyo derecho de adquisición preferente por vía de tanteo se ha visto burlado, puedan ejercitarlo por vía de retracto. (**STS de 15 de febrero de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—La demandante G., S.L., entabló demanda contra doña M. y don E. en la que, entre otros pedimentos, solicitaba, el estricto cumplimiento del compromiso suscrito entre las partes, mediante el otorgamiento de escritura pública de compraventa de las participaciones de A., S.L. con indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. Los demandados se opusieron a tal pretensión. El Juzgado de Primera Instancia número 48 de Madrid estimó íntegramente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso y declaró probada la simulación del precio de venta de las participaciones con finalidad de eludir el derecho de adquisición preferente de los socios de A., S.L. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada (*N.D.L.*)

27. Concurso de acreedores. Calificación de culpable.—La jurisprudencia ha declarado que hay dos criterios para describir la causa de que el concurso se califique como culpable y que, conforme al segundo, previsto en el apartado 2 del artículo 164 LC, la calificación es ajena a la producción del resultado contemplado en el apartado 1 del mismo artículo, ya que está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma de modo que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, determina aquella calificación por sí sola, esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia, por lo que, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en esta norma unos tipos de simple actividad. Y el artículo 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos del artículo 164, apartados 1 y 2, sino que es una norma complementaria de la del artículo 164, apartado 1.

Sociedades Mercantiles. Cuentas anuales: error e irregularidad.—Hay que distinguir entre error e irregularidad en que, por razón de la intencionalidad, carece de significación para la comisión del comportamiento que se describe en la norma del ordinal primero del apartado 1 del artículo 164 de la Ley 22/2003, dado que la realización del tipo que en ella se describe no exige que el sujeto agente tenga consciencia del alcance y significación jurídica de su acción u omisión ni que el resultado del comportamiento sea querido por él.

Sociedades Mercantiles. Cuentas anuales: regla de uniformidad.—Aunque las cuentas anuales están referidas a momentos y periodos de tiempo distintos, la regla de uniformidad que garantiza la razonable continuidad de los registros contables, impone dar información bastante en ellas de la vigencia de una garantía comprometida con tercero en un ejercicio anterior, tanto más si era probable que se podía traducir en el cumplimiento efectivo de una

obligación. (STS de 16 de enero de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—El Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid declaró culpable el concurso de E.P., S.A., la causa de tal calificación fue haber cometido la sociedad deudora en su contabilidad una irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. Dicha irregularidad consistió en no figurar, en el balance ni en la memoria correspondientes a varios ejercicios, una garantía personal que E.P., S.A había constituido, en el año dos mil uno, en beneficio de la sociedad R.C, K.K. Recurrída en apelación, la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó en lo sustancial el recurso interpuesto por E.P., S.A, y de uno de los miembros de su consejo de administración, don J. M. y confirmó la calificación del concurso como culpable. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada (N.D.L.)

28. Cooperativas. Plazo de prescripción prevalencia de la normativa autonómica.—Reconocida la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma, en este caso Andalucía, en materia de cooperativas. La norma aplicable será el artículo 73.5 Ley Sociedades Cooperativas Andaluzas y no el artículo 949 CCo, como el Tribunal Constitucional ha reconocido, la supletoriedad, en la relación Derecho estatal-Derecho autonómico, opera a favor de aquél y no de este último, de manera que no cabe la pretendida norma autonómica supletoria de la estatal, siendo inconstitucional la que así lo disponga. En definitiva, existiendo norma autonómica que establece un plazo de prescripción sin efectos más allá del ámbito interno de la cooperativa andaluza, no hay razón alguna para aplicar una ley estatal que a su vez se remite a la regulación de otra ley estatal no específica ya sobre cooperativas. (STS de 18 de enero de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La actora la sociedad cooperativa A. V. V. R. Interpuso demanda contra don A., ex presidente de su consejo rector, en la que solicita, entre otras peticiones, se condene al demandando a rendir cuentas de su gestión al frente de la sociedad cooperativa, se declare que es responsable de los daños y perjuicios causados a la misma, por haber actuado contra la sociedad cooperativa y no haber desempeñado su cargo con la diligencia debida. El Juzgado de Primera Instancia número 9 y de lo Mercantil de Córdoba desestimó la demanda. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba desestimó el recurso interpuesto. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada (N.D.L.)



