

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

JULIO - SEPTIEMBRE 2009



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**
Fundada en 1953 por D. Rafael Núñez-Lagos

Número 71, julio-septiembre 2009

La **Revista Jurídica del Notariado** no se identifica
con las opiniones expresadas por los autores en sus trabajos.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

I.S.S.N.: 1132-0044

Depósito legal: GU-453/09

Impreso en España - *Printed in Spain*

Aventura Gráfica, S.L., C/ Lepanto, 12-13, Nave 1 - 19004 GUADALAJARA

Consejo de Redacción:

Presidente: D. Antonio Rodríguez Adrados

Director: D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña

Secretario: D. Víctor Manuel Garrido de Palma

Consejeros:

D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Alvarez
D. Elías Campo Villegas
D. José-Javier Castiella Rodríguez
D.^a Ana Fernández-Tresguerres García
D. José-Manuel García Collantes
D. Francisco-Javier García Más
D. Fernando Gomá Lanzón
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Manuel-Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José-Carlos Sánchez González

SUSCRIPCIÓN Y DISTRIBUCIÓN:

Consejo General del Notariado
Paseo del General Martínez Campos, 46-6.º
28010 MADRID
Tf. 913 087 232
Fax 913 087 053
revistajuridica@notariado.org

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
ESTUDIOS DOCTRINALES	
BERMEJO PUMAR, María Mercedes: “La hipoteca en garantía de créditos sucesivos. Artículo 4 de la Ley 2/1994 (recarga de la hipoteca). Artículo 153-bis de la Ley Hipotecaria (hipoteca recargable). La reutilización de la garantía, facultad del dueño del bien hipotecado”	9
GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, José-María: “Expedición de copias notariales en supuestos de cambio de sexo tras la Ley 3/2007, de 15 de marzo: ¿una excepción a la literalidad?”	79
LÓPEZ JIMÉNEZ, David: “El valor del silencio en el ámbito del comercio electrónico: comunicaciones, productos y servicios no solicitados”	105
MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, Alfonso: “Eficacia frente a terceros poseedores de las cifras de responsabilidad en la anotación preventiva de embargo y en la hipoteca”	127
MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: “Deontología notarial”..	191
QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: “Una aproximación al régimen jurídico de la sociedad civil sin personalidad: la gran incógnita”	209

	<u>Pág.</u>
ROMERO PAREJA, Agustín: "Naturaleza, perfección y régimen jurídico de los testamentos" (Primera parte)	237
SÁNCHEZ LINDE, Mario: "El escrutinio en la Junta de accionistas de la sociedad anónima. Las labores de verificación y control"..	297
DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: "Algunas precisiones sobre el régimen transitorio de la Ley 33/2006, sobre igualdad en la sucesión de los títulos nobiliarios, así como sobre la cesión y la distribución de los mismos"	337

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: "Dictamina, que algo queda"..	363
--	-----

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio y SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: "Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el informe Segré hasta hoy", Colección Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008. Por María Aránzazu Calzadilla Medina	369
BALLARÍN MARCIAL, Alberto: "El papel del Derecho agrario. La modernización de la agricultura", con prólogo de Luigi Costato, Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, Madrid, 2009. Por José María de la Cuesta Sáenz	372
OSSORIO Y GALLARDO, Ángel: "El alma de la toga", edición facsímil, Editorial Maxtor, 2007. Por Víctor Manuel Garrido de Palma	376
ADELMAN, Jeremy: "Sovereignty and Revolution in the Iberian Atlantic", Princeton University Press, Princeton, Oxford, 2006. Por Pedro José Izquierdo	379

ESTUDIOS DOCTRINALES

**LA HIPOTECA EN GARANTÍA
DE CRÉDITOS SUCESIVOS.
ARTÍCULO 4 DE LA LEY 2/1994
(RECARGA DE LA HIPOTECA).
ARTÍCULO 153-BIS
DE LA LEY HIPOTECARIA
(HIPOTECA RECARGABLE).
LA REUTILIZACIÓN DE LA GARANTÍA,
FACULTAD DEL DUEÑO
DEL BIEN HIPOTECADO (1)**

MARÍA MERCEDES BERMEJO PUMAR

Notario.

Doctor en Derecho

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SUPUESTOS DE REUTILIZACIÓN Y RECARGA DE LA HIPOTECA DESPUÉS DE LA LEY 41/2007. 3. DIFERENCIAS ENTRE LOS SUPUESTOS DE RECARGA DE LA LEY 41/2007 Y LA REGULACIÓN FRANCESA DE LA *HYPOTHÈQUE RECHARGEABLE*. 4. REQUISITOS DE LA RECARGA. 5. LA REUTILIZACIÓN DE LA GARANTÍA Y SU RECARGA. DERECHO DEL PROPIETARIO *VERSUS* FACULTAD DEL ACREEDOR. 6. BIBLIOGRAFÍA.

(1) Este trabajo desarrolla las ideas expuestas en el que se publicó en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, Ed. Civitas-Thomson, Cizur Menor, Navarra, 2009.

1. Introducción

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, 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.

Dispone medidas que tienen como fin impulsar el mercado de préstamos hipotecarios. Unas están dirigidas exclusivamente a las entidades financieras y otras a modificar e incorporar normas que afectan a las relaciones hipotecarias entre cualquier deudor y concretos acreedores: las entidades financieras y las Administraciones públicas.

La Exposición de la Ley motiva esta restricción de acreedores “dada la especial normativa de supervisión a la que están sometidas” las entidades financieras (2).

Esta normativa sectorial regula las condiciones de acceso al mercado, disciplina, organización, funcionamiento, control, intervención de la actividad de las entidades de crédito y de saneamiento y liquidación de las situaciones de crisis. Hoy sigue caracterizándose, como en su momento puso de relieve la doctrina, por integrar un conjunto disperso de disposiciones de distinto rango jerárquico, incompleto y fragmentado (3). Por lo que no parece suficiente motivo para fundar una alteración del sistema de garantías por razón del titular del crédito. En especial cuando la restricción del círculo de acreedores no supone una aplicación limitada de las novedades hipotecarias a las operaciones propias de la actividad sujeta a control, ni está acompañada de una previsión sobre las consecuencias jurídicas a las que da lugar, como en el caso de intervención de un tercero en la relación jurídica que no reúna la condición de entidad financiera (pago de la deuda por quien no es deudor, derechos del fiador, hipotecante no deudor, comprador del bien dado en garantía, tercer acreedor...).

La invocación de las normas de control y supervisión sería oportuna

(2) Al margen de la Ley se justifican las medidas a favor de las entidades financieras en la creencia de que privilegiando a los acreedores se facilita el crédito y se incentiva su colaboración en el desarrollo de políticas económicas (consumo, vivienda, dependencia...). Privilegiando el crédito se podrán “concentrar los préstamos en instituciones financieras que tienen mejores posibilidades de financiación de manera que el mercado pueda ofrecer mejores condiciones. Esto es beneficioso para aumentar los mercados de cédulas hipotecarias y de bonos de titulación hipotecaria”. Grupo de Investigación Eurohipoteca, “Proyecto de investigación europeo Eurohipoteca: puntos para la discusión”, RCDI, número 685, p. 2471.

(3) DE GISPERT PASTOR, M. T.: “Régimen de acceso al mercado de banca privada”, en *Estudios de Derecho bancario y bursátil, homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Madrid, 1994, tomo II, p. 1143.

para justificar los beneficios concedidos a estas entidades si contrarrestasen la posición dominante que las leyes les atribuyen en las relaciones al por menor. Pero ni la Ley ni el clausulado que establecen normas administrativas para su traslado a las escrituras en las que se formalizan estas operaciones fijan las obligaciones que estas entidades deben asumir y la eficaz sanción al abuso del privilegio.

La siguiente fórmula de un modelo de escritura francés es un ejemplo de lo contrario: “Eu égard á la durée de l’inscription, l’attention des parties est attirée sur la nécessité d’archiver correctement tous les justificatifs attestant d’un remboursement. A cet effet, le créancier s’engage, une fois la créance éteinte, à notifier cet élément dans les deux mois, par lettre recommandée avec demande d’avis de réception, au notaire rédacteur du présent acte ou á son successeur”. El clausulado introduce la obligación del acreedor de poner en conocimiento del notario autorizante de la hipoteca, en el plazo máximo de dos meses, la extinción de la deuda (4). A este ejemplo se le pueden añadir otros en este mismo Derecho, como veremos al analizar la reforma del sistema de garantías en cuanto a las novedades objeto de estudio en estas páginas (la garantía no puede reutilizarse por el acreedor; no se pueden garantizar los créditos al consumo con una hipoteca recargable, se impone la forma y publicidad en los actos de recarga... y el incumplimiento se traduce en sanciones de ineficacia del acto o pérdida de beneficios por parte del acreedor).

La Ley 41/2007 sigue la misma línea de otras precedentes y reconduce la protección que brinda a los clientes de estas entidades y a los consumidores de productos financieros a normas, en muchos casos, administrativas de rango inferior, que fijan requisitos de transparencia, esencialmente de información (art. 1). Si el cumplimiento de estas normas, como advierte la doctrina, se confía a una de las partes en la relación jurídica, su eficacia puede quedar reducida a una declaración de buenas intenciones, como sucedió en anteriores ocasiones (5).

Pone de relieve la doctrina la insuficiencia de la remisión a normas administrativas y la conveniencia de elaborar normas coherentes y sistemáticas que rescaten de la atipicidad los contratos celebrados con estas

(4) PRIGENT, Stéphane: “L’hypothèque rechargeable”, *Defrénois*, número 18/07, pp. 1284, 1286, 1293.

(5) ARANGUREN URRIZA recuerda la resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994 sobre la función preventiva del conflicto y de asesoramiento en el ejercicio de la actividad notarial por una delegación parcial de la soberanía del Estado; “Habilitación legal para la reforma de la normativa sobre transparencia en préstamos y créditos hipotecarios. Nueva normativa sobre amortización anticipada”, en *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, p. 106.

entidades (6) y garanticen el equilibrio de derechos y obligaciones entre ellas y los consumidores de sus productos.

Los beneficios a favor de las entidades financieras tampoco se traducen en un abaratamiento para quienes conciertan con ellas, a pesar de que la reducción de costes es uno de los motivos fundamentales de la reforma (“reducir y fomentar la transparencia de los costes de la transacción de las operaciones de mercado hipotecario”). El que originan los privilegios a favor de las entidades financieras se deriva al consumidor (primas del seguro a efectos de mercado hipotecario, comisión por expedición del certificado extraordinario de saldo...). En esta ocasión, el legislador tampoco se olvida de proporcionar amparo y reconocimiento legal a determinadas comisiones bancarias (para dar “neutralidad en el tratamiento regulatorio de los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios ofertados en el mercado”); entre ellas, las que llama comisiones de desistimiento y de riesgo (términos amplios), criticadas, también, durante el proceso de elaboración de la Ley por constituir una “práctica inadecuada e injustificada que encarece las operaciones de cancelación” (7), operación que fue simplificada con carácter general en la reforma del sistema de garantías francés y que ofrece rasgos singulares en los supuestos de la hipoteca de la que nos pasamos a ocupar.

Entre las ventajas introducidas por esta Ley 41/2007 a favor de las entidades financieras se encuentran las normas que admiten la hipoteca voluntaria en garantía de varios créditos, actuales, futuros, sucesivos, autónomos unos de otros, que no son el resultado de una misma actividad o que no pueden incluirse en el concepto de crédito único continuado.

La reforma reconoce dos vías por las que una misma hipoteca puede llegar a garantizar créditos sucesivos. En un mismo capítulo, el IV de la Ley 41/2007, bajo la rúbrica “Mejora y flexibilización del mercado hipotecario”, modifica el artículo 4 de la Ley 2/1994, que regula la ampliación del importe del préstamo, con o sin alteración de la cifra de responsabilidad hipotecaria; y crea el artículo 153-bis de la LH para acoger la hipoteca constituida con el fin de asegurar varios créditos que pueden ser totalmente futuros y sucesivos.

La Ley de reforma da pie a que se admita la reutilización de la garantía para su “recarga” como consecuencia: 1) de una ampliación del impor-

(6) Las operaciones bancarias se caracterizan por estar “en el limbo de lo atípico”, como pone de relieve EMBID IRUJO en el prólogo de *La protección del cliente bancario*, de M.^a del Mar ANDREU MARTÍN. Ed. Tecnos, Madrid, 1998. En muchos de sus aspectos, las relaciones al por menor con los clientes de las entidades financieras se regulan por contratos sometidos a condiciones generales de la contratación.

(7) Enmienda número 8, de modificación al artículo 6, firmada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds.

te del préstamo garantizado con hipoteca ya constituida, y distingue que se altere o no la cifra de la responsabilidad que consta en el Registro de la Propiedad (art. 4 de la Ley 2/1994, 30 de marzo, y disposición transitoria única, párr. 3.º, de la Ley 41/2007), si bien, se pone en duda su alcance, ya que el que no tenga lugar la novación extintiva no supone necesariamente atribución de rango a la ampliación sin incremento de la cifra de responsabilidad. Aunque no reciba en la Ley el nombre de hipoteca recargable, 2) en el artículo 153-bis LH la recarga se obtiene como consecuencia desde que la Ley admite (aunque no la regule adecuadamente) una hipoteca en disposición de servir de garantía a varios créditos distintos, presentes o futuros, que no se definen por la persona del acreedor, sin necesidad de una novación que los someta a unas nuevas y comunes condiciones y que pueden ser sucesivos hasta la cifra máxima de responsabilidad de cada vez en un período de tiempo.

Mientras en las enmiendas al Proyecto de Ley los parlamentarios utilizan la expresión recarga para referirse a la hipoteca que regula el nuevo artículo 153-bis de la LH (8), cierto sector de la doctrina lo hace en relación al artículo 4 de la Ley 2/1994 (9) sin desconocer que cabe también

(8) Enmienda de supresión número 17 firmada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds: se opuso a la introducción “de la figura de la hipoteca de máximo en garantía de toda clase de obligaciones presentes o futuras sin necesidad de pacto novatorio, en la aparente necesidad de «flexibilizar» el mercado. En la práctica, la extensión de la hipoteca de máximo, también conocida como «hipoteca recargable» dedicada a garantizar todo tipo de deudas personales y familiares...”.

(9) Por ejemplo, ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, LUIS: “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*, Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, pp. 289 y ss.

Sin embargo, a juicio de BOTÍA VALVERDE, el único texto legal en el que se contempla la admisibilidad de la recarga es en el párrafo tercero de la disposición transitoria única de la Ley 41/2007, ya que el párrafo 3.º del artículo 4 de la Ley 2/1994 se limita a regular los efectos respecto de terceros de las novaciones hipotecarias (disposición transitoria: “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”).

BOTÍA VALVERDE, Antonio, formula reservas a las consecuencias que pueden hacerse derivar de la nueva redacción del artículo 4 de la Ley 2/1994, por la Ley 41/2007, en el que no se distingue entre el contrato que vincula a las partes y los efectos del derecho real; el artículo en el párrafo segundo distingue la modificación de la extinción, mientras que el párrafo tercero se limita a las consecuencias desde una perspectiva únicamente hipotecaria, sin reparar en los efectos contractuales. El precepto habla de pérdida de rango registral de la hipoteca, pero no del perjuicio para el crédito. BOTÍA VALVERDE, A.: “Hipoteca recargable y novación”, en www.notariosyregistradores.com; *vid.*, también, PARGA LÓPEZ, Manuel: “La descarga de la recarga”, *Registradores*, número 52, 2009.

esta posibilidad en el artículo 153-bis (10). Lo que no tiene nada de extraño, ya que este último artículo citado es el que regula la posibilidad de que una hipoteca, desde su inicio y durante un período de tiempo, garantice todo tipo de créditos hasta su importe.

El propósito de esta reforma no alcanza el fin de aproximar diferentes sistemas incorporando figuras de otros. Pero la novedad que representan no está en armonía con los principios que se extraen del sistema. Las novedades que introduce la Ley son híbridos de encaje tortuoso en los tipos ya reconocidos.

La norma modificada y la introducida se limitan a decir:

El artículo 4 de la Ley 2/1994, en los párrafos segundo y tercero, que 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... 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” (por tanto, la de “la cifra de responsabilidad” tendrá que producirse en los dos supuestos). “En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derecho 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.”

El artículo 153 bis: También podrá constituirse hipoteca de máximo:

a) A favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas.

b) A favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, sin necesidad de pacto novatorio de los mismos.

Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma: su denominación y, si fuere preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o

(10) ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, Luis: “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*, pp. 299, 300.

Antes de la publicación de la Ley, comentando el Proyecto, REINA TARTIÈRE, Gabriel: “El sistema de rango progresivo frente a la recepción de la hipoteca recargable”, *Revista del Notariado*, enero-febrero-marzo 2008, número 891, pp. 29 y ss.

puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado.

Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura.

Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En los dos casos se regula una hipoteca que puede garantizar varios créditos de forma sucesiva. El texto es reducido en los dos artículos y, pese al efecto común al que pueden dar lugar, falta de coherencia entre ellos y de sus interpretaciones, ya que lo contrario al sistema en un caso lo es en el otro. Las dos normas dejan sin resolver, entre otras, las siguientes cuestiones:

—Cuál puede ser el importe que pueden alcanzar los sucesivos créditos garantizados en perjuicio del derecho al avance de puesto de las garantías posteriores: el importe de las recargas durante la vigencia de la hipoteca a medida que se va amortizando el crédito inicial.

—Quién puede reutilizar la garantía.

—O cuál es la eficacia del puesto vacante.

Otras, como indicamos, son objeto de discusión (en especial, el alcance de la no modificación o alteración de rango en el caso del art. 4 de la Ley 2/1994).

Algunos autores ensayan interpretaciones coherentes con el sistema.

Así se dice que una de las razones de la reforma del artículo 4 de la Ley 2/1994 puede ser la de “garantizar la legalidad sin mácula de la solución de la DGRN”, mantenimiento de rango de la primera hipoteca inscrita por la cifra de responsabilidad hipotecaria que conserva, y la constitución de una nueva por el incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria experimentado. VALERO FERNÁNDEZ-REYES, de las posibles interpretaciones, adopta ésta por ser la más conforme con el sistema, de acuerdo con el “principio de conservación de las normas” (11).

(11) VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Ángel: “La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, número 148 (2.ª época), julio-agosto 2008, pp. 1779, 1783. Vid. PARGA LÓPEZ, Manuel, *op. cit.*, y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: “La recarga de la hipoteca y su eficacia respecto de tercero”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, Ed. Civitas-Thomson, Cizur Menor, Navarra, 2009.

Otro sector de la doctrina interpreta la reforma a la luz de sus propias ideas ya concebidas antes de la elaboración de la Ley 41/2007, y en el caso del artículo 153 bis de la LH ve el concepto doctrinal de la hipoteca global-flotante que defendió antes de la entrada en vigor de la Ley (12). Por lo que se concluye que esta hipoteca garantiza varios créditos concertados o los que lleguen a concertarse en un período de tiempo a favor de un mismo acreedor facultado para determinar, en el momento de la ejecución, el crédito garantizado y hasta entonces, durante el período de seguridad, no puede hablarse de crédito hipotecario y la cesión del crédito no conlleva la de la garantía.

Hay quienes ven en la reforma un rechazo a la doctrina anterior de la DGRN y, en el artículo 153 bis de la LH, la hipoteca que este Centro Directivo no aceptó en RDGRN de 25 de abril de 2005. Por esta razón no dudan en calificar la hipoteca que regula el artículo 153-bis de la LH de “global” en garantía de varios créditos sobre los que la garantía flota, consistiendo la novedad en que éstos pueden ser totalmente futuros, extrañándose, por ello, de que los términos de la propia Ley, sin embargo, no se adapten necesariamente a este concepto de hipoteca llamada global, ya que puede existir como tal en garantía de un único crédito actual (13).

Estas interpretaciones de la Ley 41/2007 están influenciadas por la opinión del momento y las palabras de la Exposición de Motivos: “La hipoteca de máximo permitirá admitir nuevos productos hipotecarios hasta ahora rechazados”.

La Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 dice que “se flexibiliza el mercado hipotecario regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente «flotantes»” para evitar que se tengan que constituir tantas hipotecas como obligaciones, lo que, “además de encarecer la operación, no es competitivo en la práctica”.

De esta manera, la Exposición de Motivos utiliza el registro propio de otros ordenamientos en los que se recurre, para definir las instituciones jurídicas, a expresiones coloquiales que traspasan fronteras con el carácter de términos publicitarios de “nuevos productos” de mercado financiero (“La hipoteca de máximo permitirá admitir nuevos productos hipotecarios hasta ahora rechazados” –EM–), en las que, sin embargo, el término flotante se refiere a los bienes objeto de garantía.

Pero la Exposición de Motivos con la expresión “flotante” no alude a

(12) Después de la reforma, CARRASCO PERERA, Ángel, y CORDERO LOBATO, Encarna: “El doble filo de la hipoteca global: *caveat creditor!*”, *La Ley*, número 6988, 14 de julio 2008, pp. 1 y ss.

(13) FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, Íñigo: “La hipoteca global”, en *op. cit.*, *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario*, p. 207.

la nota típica que singulariza a las hipotecas de ese nombre (en la interpretación que de ellas hace nuestra doctrina cuando la refiere a los créditos), sino a otras en garantía de varias obligaciones, como la hipoteca global o a la hipoteca recargable, ya que dice: “Lo que se pretende mediante esta reforma es generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas, si bien se ha considerado conveniente limitarlo a las entidades de crédito y no a cualquier otro acreedor, dada la especial normativa de supervisión a la que están sometidas aquéllas”.

Estas frases de la Exposición de Motivos, ¿son suficiente indicio de que la hipoteca que introduce el nuevo artículo 153-bis de la LH es “global” necesariamente? y, sobre todo, ¿en base a ella se puede concluir que admite la Ley la hipoteca flotante por la que el acreedor pasa a ser titular de la facultad de afectar la garantía, a su voluntad, a los hipotéticos créditos, concretos o genéricos, que el dueño del bien llegue a contraer con él? ¿Con esta alusión se pueden considerar superados todos los inconvenientes legales que fueron advertidos (14) al estudiar los perfiles de la garantía dibujada en las minutas de las entidades financieras?

En nuestra opinión, a pesar del registro utilizado en la Exposición de la Ley 41/2007, ni los motivos de la reforma alegados en ella, ni la redacción del artículo 153-bis LH, permiten deducir, sin duda, que esta Ley da cabida al complejo concepto de hipoteca global-flotante defendido antes de la entrada en vigor de la Ley 41/2007 (15), ni al supuesto al que se refirió la DGRN antes de la reforma para negar su posibilidad (RDGRN de 25 de abril de 2005, entre otras). No regula el legislador la excepcional facultad de un acreedor (o de quien todavía no lo es) a la reutilización de la garantía en su beneficio sin límite económico en las recargas. Tampoco una interpretación coherente de las normas que admiten la hipoteca en garantía de créditos sucesivos (arts. 153-bis de la LH y 4 de la Ley 2/1994) conducen a esta solución.

La Exposición de Motivos no es vinculante, por lo que habrá que atenerse a lo permitido en la parte dispositiva de la Ley.

Del tenor resulta que puede tener cabida en el artículo 153-bis una hipoteca en garantía de varios créditos presentes o futuros (en garantía de

(14) CORDERO LOBATO, Encarna: *La hipoteca global (La determinabilidad del crédito garantizado)*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997.

(15) Entre otros, REY PORTOLÉS, J. M.: “Hipotecas con cláusula de *endowment*. Hipoteca flotante”, *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, pp. 277 y ss. PARDO NÚÑEZ, C.: “La hipoteca flotante”, *Lunes* 4,30, número 32, 1989. CORDERO LOBATO, E.: *La hipoteca global. (La determinabilidad del crédito garantizado)*, Madrid, 1997.

una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas). Puede no existir el crédito (la Ley española no exige “crédito de arranque”) al tiempo de constituirse la hipoteca (16). Puede ser uno sólo el crédito inicialmente garantizado al tiempo que se prevé la posible cobertura de otros futuros. Y todos estos créditos pueden ser de un mismo acreedor o, como defendemos (ya que la Ley no lo impide), de acreedores diferentes.

Todos estos supuestos se ven facilitados por la propia norma al excluir de forma expresa la exigencia de pacto novatorio que inicialmente se tomó por necesario en aras del principio una obligación-una hipoteca [“novación extintiva de las varias obligaciones en una sola” (17)].

Por lo que la hipoteca que este artículo regula no es necesariamente global por los créditos a favor de un mismo acreedor, interpretado el artículo 153-bis de la LH de acuerdo con su tenor literal.

No tiene nada de extraño que el artículo 153-bis de la LH exprese la posibilidad de que el nuevo tipo de hipoteca garantice un único crédito (presente o futuro). Lo que no es antagónico con el carácter especial de esta hipoteca desde su constitución, ya que puede llegar a garantizar varios créditos en el futuro: “en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas” (18).

En mi opinión, a pesar de lo expuesto por la doctrina, tal y como recoge este artículo 153-bis de la LH, la hipoteca que introduce como novedad no se regula necesariamente como global (puede serlo o no), ni se encuentra acompañada de las previsiones de uso de una garantía semejante (19). Ni el artículo exige para identificar el crédito futuro que se señale la persona que puede ser su titular (20). De manera que, pudien-

(16) Por tanto, no es necesario que exista un “crédito de arranque”, como sostienen CORDERO LOBATO y CARRASCO PERERA: *op. cit.*, “El doble filo...”, p. 2.

(17) Sobre la exigencia una obligación-una hipoteca, RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María Goñi: “La determinación de créditos en la garantía hipotecaria (Hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones indeterminadas)”, RCDI, número 681, enero-febrero, 2004, pp. 250 y ss.

(18) Como vimos, se extraña FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS (partiendo de que la hipoteca regulada es la global) y busca explicación en que este artículo viene a admitir la hipoteca en garantía de “una obligación del tipo «totalmente futura», no necesitada, esto es, de una relación subyacente de crédito existente al tiempo de la constitución del gravamen”, *op. cit.*, “La hipoteca global”, p. 207.

(19) Puede servir de ejemplo la regulación del uso de las garantías personales de carácter global a favor de la Administración prestadas por los adjudicatarios provisionales (arts. 82 y ss. de la Ley 30/2007) en razón a un porcentaje de las condiciones definitivas o máximo provisionales. La contratación con la Administración está también sometida a las normas del RDL 1/2007.

(20) A diferencia del artículo 13 de la Ley de 5 de julio de 2002, en el que se prevé una prenda global en garantía de un mismo deudor y acreedor, ya que en este caso está justificado por la naturaleza del derecho, por lo que la delimitación es otra.

do ser relaciones distintas las garantizadas, no establece como requisito necesario para identificar el crédito futuro que éste sea la consecuencia de una nueva relación con el mismo acreedor.

La posibilidad de que la pluralidad de acreedores sea sucesiva puede, de hecho, tener lugar de forma sobrevenida, tanto por cesión como por adquisición de crédito (21) por parte de la entidad financiera inicial.

La redacción del artículo 153-bis de la LH es lo suficiente ambigua para que en ella quepan supuestos de hecho muy distintos.

La hipoteca puede constituirse en garantía de varias obligaciones, de manera individual o plural, de diferentes acreedores simultáneos o sucesivos, y aún futuras todas, pero, cuando se pretenda a favor de un concreto o concretos acreedores, entiendo que se deben delimitar en su posible contenido económico, ya que no existe ningún indicio en la norma que permita alterar los principios para concluir que la indeterminación del interés protegido en este supuesto deba aprovechar al acreedor (22).

En cualquier caso, no resulta del texto del artículo 153-bis de la LH el apoyo al reconocimiento de facultades extraordinarias y contra-sistema en el acreedor. La Ley no recoge de forma explícita los requisitos, efectos y las consecuencias en la aplicación de las nuevas garantías a favor de las entidades financieras. Considero, al no ser de necesaria deducción para que la norma pueda ser aplicada, que no se encuentra entre las consecuencias implícitas algo rechazado por la DGRN: las facultades y elementos extraños que hagan concebir la posibilidad de que se pueda prescindir de las exigencias mínimas para impedir que la hipoteca constituya “una especie de hipoteca flotante” (RDGRN de 25 de abril de 2005), de suerte que la hipoteca “flote” (en expresión de la conocida RDGRN de 23 de diciembre de 1987) sobre las diversas obligaciones garantizadas para, en el momento en que el acreedor desee ejecutar alguna (23), se deje caer la hipoteca sobre la incumplida, al arbitrio del acreedor respecto de la in-

(21) CORDERO LOBATO tuvo presente, antes de la reforma por la Ley 41/2007, la posibilidad de que concurren diferentes acreedores como consecuencia de la cesión de crédito. CORDERO LOBATO, Encarna: *La hipoteca global (La determinabilidad del crédito garantizado)*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, p. 157.

Después de la reforma dudan sobre la viabilidad de la cesión parcial CARRASCO PERERA, Á., y CORDERO LOBATO, E.: *op. cit.*, p. 3.

(22) “La determinación del objeto es presupuesto de todo derecho subjetivo. Sólo mediante ella alcanza éste su movilidad de ser una situación firme y clara de poder concreto”; MARTÍN PÉREZ, A.: “Sobre la determinabilidad de la prestación obligatoria”, RGLJ, 1958, números 1-2, pp. 6, 17.

(23) Tampoco ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, Luis, reconoce la pura hipoteca flotante en el artículo 153-bis, “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*, p. 301.

clusión de las partidas en cuenta (RRDGRN de 23 de diciembre de 1987, 11 de octubre de 2004, 23 de julio de 2005), como admiten, sin embargo, comentaristas del nuevo artículo 153-bis LH (24).

No es, sin embargo, un efecto atípico de nuestro ordenamiento (25) la pluralidad de acreedores que pudo y puede originarse de forma originaria o sobrevenida. No es una novedad que una hipoteca garantice varios créditos ni a varios acreedores (26).

Hasta ahora los casos de pluralidad de acreedores bajo una misma cobertura se reconducen a una única relación (arts. 150, 155 y 283.2 y 302 de la LSA –emisión de obligaciones–; la ejecución sólo le corresponde al comisario por acuerdo de la Asamblea del Sindicato; a su vez, los créditos sindicados están agrupados bajo la gestión unificada del Banco Agente).

En estos casos, el nuevo artículo 153-bis de la LH puede servir para justificar soluciones diferentes en la relación de garantía a supuestos típicos de pluralidad de acreedores con las que se elimine el rigor en la aplicación de los principios de especialidad y accesoriedad (27), ya que la nueva hipoteca permite conseguir soluciones diferentes a las pactadas hasta ahora en los casos de pluralidad al reconocer que con una hipoteca se puedan garantizar varios créditos autónomos, e incluso plurales, a favor de varios acreedores, sin necesidad de uniformar sus posiciones o de integrar los créditos en un único negocio.

La hipoteca de máximo en garantía de varios créditos distintos no encuentra obstáculo a que lo sea a favor de varios acreedores. La misma hipoteca independiente del crédito puede ser de ejercicio solidario o mancomunado. El hipotecante y los acreedores gozan de un único rango y pueden (como se admite) repartir el derecho real por cuotas, establecer un orden de imputación o fijar un reparto de tiempo, hacer previsiones sobre el ejercicio de las facultades que les corresponden a todos y sobre las consecuencias de la ejecución, sin que puedan concluir pactos que agraven la situación del deudor.

(24) CARRASCO PERERA, Ángel y CORDERO LOBATO, Encarna: *op. cit.*, p. 3; FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, Íñigo: *op. cit.*, p. 241.

(25) REY PORTOLÉS, J. M.: “Hipotecas con cláusula de *endowment*. Hipoteca flotante”, *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995.

(26) *Vid.*, por ejemplo, LANZAS GALVACHE, Joaquín: “Hipoteca en garantía de obligaciones mancomunadas y solidarias. Hipotecas constituidas por ambos cónyuges”, *Academia Sevillana del Notariado*, tomo V, pp. 11 y ss.; ROBLES VELASCO, Luis Mariano: “Sobre el origen de la pluralidad hipotecaria: El problema de la pluralidad de créditos en el Derecho griego antiguo”, *RCDI*, número 640, mayo-junio 1997, pp. 775 y ss.

(27) Si las obligaciones se garantizan con hipoteca, dice LANZAS GALVACHE en 1988, “es precisa aquella determinación de las porciones respectivas en el crédito o en la deuda (no en la hipoteca), porque, así, prevalece el principio de especialidad en aras de la protección del tercero, en suma, de la seguridad del tráfico”, LANZAS GALVACHE, J.: *op. cit.*, “Hipoteca en garantía de obligaciones mancomunadas y solidarias...”, p. 29.

Por lo que la novedad que introduce el artículo 153-bis de la LH no consiste tanto en que varias relaciones se garanticen con una hipoteca, lo que se obtuvo de varias formas, sino en el amparo legal de la consecuencia de que se produzca de forma sucesiva, ya que pueden ser presentes y futuras. El artículo 153-bis no sólo admite esta posibilidad inicialmente rechazada por la DGRN (RRDGRN de 11 de octubre de 2004, 25 de abril y 23 de julio de 2005) en base a los principios de accesoriedad y especialidad (RDGRN de 6 de junio de 1998), de manera que a partir de ella una sola hipoteca puede garantizar créditos diferentes, sino que lo relevante es la consecuencia a la que da lugar: la renovación de la garantía desde que se puede reutilizar para su recarga.

Antes de la reforma este efecto de recarga se obtuvo, de hecho, con el llamado, en la práctica, crédito abierto. Cuando todavía la Ley no reconocía la posibilidad de que una misma garantía pudiese asegurar varios créditos distintos de forma sucesiva, éstos se tuvieron por disposiciones de uno que se renueva a medida que se amortiza, crédito al que también se le denomina crédito *revolving*. De éste se puede disponer hasta el máximo a medida que se satisface. Los reintegros, al mismo tiempo que amortizan lo debido, renacen el crédito hasta al máximo que se indique (28). Este efecto se obtuvo antes de la reforma con la hipoteca en garantía del saldo deudor que arroja una cuenta de crédito bancaria en la que se instrumenta un crédito renovable que la entidad reconoce al titular (29), incluso en cuenta con servicio de caja (“ever-green”), considerando a éste un único crédito, por novación de los que se integran en la cuenta y, por esto, abierto.

La consecuencia es la renovación de la garantía y no sólo del crédito. A este efecto le da amparo la Ley 41/2007, de manera que se obtiene “sin mácula” el reconocimiento legal de la recarga a través de las dos vías introducidas por la Ley de reforma comentada.

Es requisito imprescindible en los dos casos (arts. 4 de la Ley 2/1994 y 153 bis de la LH) que se determine la cifra de responsabilidad de la garantía en la escritura de constitución.

Sin embargo, aunque la Ley califica de máximo la nueva hipoteca del artículo 153-bis de la LH, ésta no es una hipoteca de máximo al uso. Es un tipo distinto. La calificación legal sirve para conseguir una mayor indeterminación al incluirla entre aquéllas en las que no es necesario –art. 12

(28) Sobre este contrato, PRETEL SERRANO, J. J.: “La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (Examen actual de la figura desde la perspectiva de la Ley 1/2007)”, RCDI, número 661, p. 2832.

(29) BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: *Hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente bancaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2001.

de la LH reformado por la misma Ley— determinar la cifra de cada uno de los conceptos (principal y accesorios) garantizados.

En el supuesto del citado artículo 4 de la Ley 2/1994, el máximo lo es (en mi opinión y pese al tenor del art. 4 de la Ley 2/1994) por los diferentes conceptos del crédito inicial, si es ordinaria. En el caso de que varíe alguno de los máximos de responsabilidad será necesario el consentimiento del tercero interpuesto.

A su vez, constituida la hipoteca autónoma que acepta el nuevo artículo 153-bis de la LH, no tiene lugar la novación del crédito por ampliación de su importe sin alteración de la cifra de responsabilidad.

El importe máximo de la garantía (por el total o por conceptos), en cualquiera de los dos casos, presta poca información, cuando lo que motivó el reconocimiento legal de este tipo de hipoteca es la reutilización para la recarga de la garantía. A pesar de ello, el legislador no consideró necesario que en el acto de constitución se haga constar el tope máximo del importe acumulado de los créditos sucesivos, que pueden alcanzar varias veces la cifra de responsabilidad, siendo lo relevante de la garantía la eficacia que se llegue a reconocer a las sucesivas recargas frente a terceros.

La reutilización para la recarga es lo que se intuye contrario al sistema y lo que produjo y produce más recelo. Como recuerdan las enmiendas a la reforma del artículo 4 de la Ley 2/1994, estas recargas burlan lo que el sistema trata de garantizar y generan una incertidumbre que merma el valor del bien en el mercado (30).

Puede anunciarse o no en el acto de constitución el potencial efecto, puede preverse o no la futura obligación garantizada, puede darle la doctrina el nombre que quiera, lo que tiene lugar desde la entrada en vigor de esta Ley es la potencial reutilización para la recarga de la hipoteca a favor de las entidades financieras. Este efecto relevante convierte en un nuevo tipo de hipoteca la constituida a favor de las entidades financieras, ya que se regula una garantía renovable de créditos sucesivos para excepcionar las normas aplicables a los demás acreedores que no reúnen esa condición (31).

Pero el artículo 153-bis, interpretado de forma coherente con otras normas de la misma Ley, no deja claramente resuelta la cuestión de si la recarga que no consta en el Registro es oponible a aquel acreedor ulterior que pretenda el avance de su garantía una vez extinguido el crédito inicial o frente al tercero que adquiere del titular inscrito, como puede ser un comprador.

(30) Enmienda 51 de modificación, Grupo Parlamentario catalán; enmienda 77, Grupo Parlamentario Popular.

(31) Sin embargo, *vid.* PAZ-ARES, Ignacio: *op. cit.*, pp. 175, 176.

La Ley 41/2007 no declara el “estado de excepción” del ordenamiento, por lo que subsisten sus principios, entre ellos el de taxatividad de las causas de preferencia y tipicidad de la subordinación.

En tanto una Ley no regule y reconozca el carácter privilegiado de los créditos sucesivos que asegure esta nueva modalidad de garantía, habrá que esperar a las soluciones que finalmente prosperen ante los Tribunales.

La Ley 41/2007 tuvo lugar a destiempo. La recarga no está tutelada por las normas vigentes que regulan las ejecuciones no concursales sobre concurrencia y prelación de créditos (32). Ni este nuevo tipo de garantía pudo ser contemplado por el legislador del 2003 al elaborar la Ley Concursal 22/2003. Las causas que atribuyen preferencia en el concurso están tasadas por esta Ley (art. 89: se entenderán clasificados como créditos ordinarios aquellos que no se encuentren calificados en esta Ley como privilegiados ni como subordinados).

Si se pretende en el acreedor la facultad de recarga sin límite de cuantía ni límite en la elección de crédito [con posibilidad, incluso, de cobertura de los que nacen “en cabeza de tercero no garantizados” (33)], se encontrará el valor del bien fuera de control por los administradores concursales (art. 40 y ss.) y carecerá de sentido la protección de la actividad desarrollada con el bien dado en garantía. Por otra parte, está fuera del ámbito de decisión del acreedor-entidad financiera el momento en el que se puede producir la apertura del procedimiento, y sólo estará amparado por privilegio especial el crédito que en el momento de abrirse el concurso tenga constituida su respectiva garantía con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros (art. 71 de la Ley 22/2003) y habría que añadir (de seguirse la teoría de la hipoteca global-flotante) y al propio dueño de la cosa dada en garantía.

Nuestro Derecho de garantías (también después de la reforma) responde a un sistema de hipotecas tipificadas. Según distinción doctrinal, la hipoteca ordinaria y de seguridad y, entre éstas, las de máximo comunes. Una y otra afectan el valor del bien dado en garantía al incumplimiento de una obligación; en el primer caso, por el importe determinado del crédito y, las de máximo, entre las del segundo grupo, hasta una cantidad

(32) Ni las vigentes, ni las proyectadas leyes sobre los procedimientos de ejecución singular y sobre los servicios de intermediación, contemplan las consecuencias que pueden derivarse de esta reforma hipotecaria. No lo hace el Proyecto de Ley 121/000098, de la anterior legislatura (caducado) sobre concurrencia y prelación de créditos en las ejecuciones singulares (en cumplimiento de la disposición final trigésima tercera de la Ley Concursal), ni el Proyecto de Ley 121/000007, sobre contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

(33) CARRASCO PERERA, Á., y CORDERO LOBATO, E.: *op. cit.*, p. 3.

máxima por razón de un crédito del que el título de constitución de la hipoteca no refleja la cantidad determinada que puede llegar a ser exigible. En las de máximo, el asiento no es prueba frente a terceros del contenido económico real de lo debido, pero sí de la razón económica que lo funda o del contenido máximo del propio crédito, y no sólo de la cifra de responsabilidad hipotecaria. El máximo lo es de la responsabilidad por una obligación pecuniaria, o susceptible de serlo, cuyo importe real es inicialmente indeterminado, pero determinable. Cuando lo que se garantiza es un crédito, lo usual es que el máximo lo sea del propio crédito y que éste se conceda hasta una determinada cantidad.

Pero desde la entrada en vigor de la Ley podrá constituirse, a favor de estas entidades-financieras, una hipoteca inicialmente de máximo (siempre así en el art. 153-bis) o de tráfico (34), ordinaria con posible ampliación (art. 4 de la Ley 2/1994). En los dos casos se trata de **hipotecas voluntarias**. Y a pesar de la naturaleza de hipoteca de tráfico (en el caso del art. 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo) y de la calificación, entre las voluntarias, como hipoteca de máximo (en el caso del art. 153-bis de la LH), estas garantías a favor de las entidades financieras se singularizan porque sirven para asegurar varios créditos, que pueden nacer a lo largo del tiempo (inicialmente o de forma sobrevenida en una y otra modalidad) y así, sucesivamente, hasta el máximo de responsabilidad de cada vez.

Esta reforma, llevada a cabo por esta Ley 41/2007, es la consecuencia de la paulatina aceptación de procedimientos que no son conformes con la técnica de la que se sirven en nuestro sistema y de la aplicación a las garantías reales de principios de preferencia propios de las relaciones obligacionales.

La regla general (arts. 1857 del Código Civil y 104 de la LH, con las excepciones tipificadas en la Ley) es que la hipoteca no es un derecho real que pueda existir por sí mismo sin la coexistencia del crédito al que garantiza. Se cita (35) entre las relaciones accesorias y subordinadas, sometida al principio *accessorium sequitur principale* (36). Regla general que esta Ley de reforma no varía para el común de los acreedores y matiza para aquellos a los que va dirigida. La hipoteca asegura el cumplimiento de deudas; la obligación, cuyo cumplimiento se garantiza, nace si se hace uso del crédito; la hipoteca no se extiende, necesariamente, a las obliga-

(34) Sobre esta calificación, VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Á.: *op. cit.*, p. 1783.

(35) Por todos, VATTIER FUENZALIDA, Carlos: "Contribución al estudio de las obligaciones accesorias", RDP, enero, 1980, pp. 28 y ss.

(36) Con diversas interpretaciones, por ejemplo, entre otros, ANGUITA RÍOS, Rosa M.^a: *Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria*, Colección Monografías de Derecho Civil. IV, Propiedad y Derechos Reales, Ed. Dykinson, SL, Madrid, 2006.

ciones accesorias en tanto no nace la obligación principal y sufre las vicisitudes de ésta (legitimación, vicios de consentimiento...).

El valor juega un distinto papel en los diversos tipos en los que se ofrece como garantía. En el caso de la hipoteca, su titular (a diferencia del titular de la deuda territorial o de renta –parágrafos 1191 y 1199 del BGB–) no adquiere definitivamente el derecho a un valor en el bien desde el momento en que aquélla se constituye. Lo llegará a adquirir en caso de incumplimiento, si se ejecuta.

Por lo que el acreedor hipotecario no tiene un valor en un bien, sino la garantía de un crédito que le da derecho a adquirir todo o parte, según la extensión de lo debido, del precio obtenido con la venta forzosa en el caso de que tenga lugar un supuesto patológico, como es el incumplimiento de la obligación.

Mientras la obligación se cumple, la hipoteca es una “energía latente”, “fuerza potencial” que no llega a actuar (37).

El titular de la hipoteca en garantía del cumplimiento de una obligación a su favor no tiene dos valores desde el momento en que se constituye: el acumulado que recibe cuando se satisface la cuota de amortización con el importe de los intereses por el diferimiento temporal y, al mismo tiempo, una cuota valor en el bien dado en garantía.

Por esta razón, el propietario de la cosa hipotecada puede transmitir todo el valor del bien y pactar con el adquirente la cancelación de la carga.

En nuestro ordenamiento, las garantías reales resuelven sus conflictos en caso de incompatibilidad, de acuerdo con el principio de prioridad temporal (*prior tempore potior iure*), que se hace oponible frente a cualquiera mediante el instrumento del Registro de la Propiedad. Si la incompatibilidad no es excluyente, la prioridad atribuye el rango al derecho entre los concurrentes compatibles.

En el caso de los derechos reales de garantía existe compatibilidad aunque la primera afecte a todo el valor que pueda llegar a obtenerse con el bien (no queda, necesariamente, constreñido a una cuota del valor). Esta compatibilidad (no exclusión) y expansión de la garantía, con arreglo a la Ley y conforme a lo previamente determinado como accesorio del crédito, son posibles porque rige el sistema de avance de puestos entre los derechos concurrentes. De manera que las garantías posteriores tienen ínsito el derecho al excedente y el derecho a ocupar el puesto que le precede cuando queda vacío.

El nuestro no es un sistema de puestos fijos germánico, en los que, sin fuerza expansiva, cabe la reserva de rango a favor de un “derecho de al-

(37) RICA ARENAL, Ramón de la: “La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca”, AAMN, tomo IV, p. 290.

cance ya determinado" (parágrafo 881 BGB) y el puesto fijo vacío a disposición del propietario (38).

El sistema de avance de puestos que rige en nuestro ordenamiento sólo se altera cuando en ciertos casos la Ley hace reserva a favor de un derecho ya determinado –p. ej., art. 1211 del Código Civil– o en garantía de las obligaciones que pueda generar una relación existente que merezca especial protección.

También se admite que el rango se altere y negocie entre particulares, pero en los casos y dentro de los límites legales. En todos ellos se cumple la exigencia de que el rango que se negocia es el atribuido al derecho ya determinado que se pospone o los que se permutan.

En nuestro Derecho, el rango no tiene valor jurídico por sí mismo. Ni es un puesto fijo (que, en todo caso, también se determina en su contenido) y varía en función del avance de derechos ulteriores que pueda llegar a constituir el propietario del bien. El rango es un mecanismo jurídico de un instrumento de utilidad (el Registro de la Propiedad). Pero por sí sólo no confiere preferencia ni protección, sino únicamente a un derecho al que atribuye las consecuencias del principio de prioridad.

Lo relevante para el tráfico jurídico es que el Registro dé publicidad al contenido económico del derecho al que se atribuye la prioridad, ya que al mismo tiempo fija la postergación de las cargas ulteriores (39). Estas avanzan automáticamente y mejoran de rango (40), con lo que las garantías de sus titulares se benefician a medida que se satisface el importe del crédito asegurado con la hipoteca precedente o desaparecida.

En este sistema de avance de puestos importa el contenido económico del derecho durante la vigencia de la garantía, y no sólo en el posible momento de su ejecución.

Nos convence quien afirma que no hay razón para hablar de enriquecimiento injusto de estos acreedores ulteriores, ya que sería más injusto que se produjese la postergación de estos acreedores al propietario (41).

(38) La Exposición de Motivos de la LH de 1944 justifica el rechazo de tipos intermedios entre las que entonces admitió la Ley y las que no reguló por considerarlo prematuro. Entre estas últimas, la hipoteca de propietario, en base al principio *nemmi res sua servit* y por el tradicional carácter accesorio de la propiedad. Todavía existe recelo a la hipoteca de propietario cuando no se adquiere por pagar el crédito de otro (como es el caso del heredero acreedor hipotecario del causante –1023 CC–), a pesar de que puede conllevar en su seno valores prácticos no desechables, como apuntó ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, IV, 1.º, p. 298.

(39) BONILLA ENCINA, Juan Francisco: "La prioridad en el Sistema hipotecario español", *Ponencias y Comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, tomo II, p. 482.

(40) QUESADA GONZÁLEZ, M.ª Corona: "El rango hipotecario. Estudio crítico del sistema romano o latino de avance de puestos", RCDI, número 641, 1997, p. 1319. Esta autora pone de relieve las ventajas del sistema de avance de puestos.

(41) BONILLA ENCINA, Juan Francisco: *op. cit.*, pp. 516, 517.

Al mismo tiempo, en consideración a esta ventaja ínsita en los derechos ulteriores inscritos en virtud del sistema de avance de puestos, el propietario podrá obtener buenas condiciones en nueva financiación (42) garantizada con segundas hipotecas. A falta de cargas posteriores, el propietario dispone de la propiedad sin trabas.

En cualquier caso se podrá, previéndolo, convenir la corrección de las condiciones si fuesen más gravosas en consideración a su inicial carácter de segunda hipoteca para el supuesto de mejora de rango como consecuencia del avance de puesto propio del sistema.

El avance de puestos impide que pueda haber puestos vacíos. Donde deja de existir un derecho limitativo del dominio hay propiedad libre sometida a sus propias reglas, salvo que exista un derecho limitativo posterior que avance puesto.

Por esta razón es de interés, para el dueño y para los terceros que con él contratan, que se dé a conocer el contenido económico de las cargas reales que pueden hacerse cumplir de forma preferente sobre el bien (43); de esta manera el sistema evita las cargas ocultas. Al haber otras con avance de puesto, el propietario no tiene su propiedad libre y no puede hacer reserva a favor de otro del puesto que deja una desaparecida garantía.

El propietario agrade el derecho de mejora de las ulteriores garantías reales si les impide avanzar al anteponer los derechos nacidos después de las ya inscritas.

Si el propietario carece de este derecho conforme a este sistema, es difícil que pueda cederlo a otro (44).

(42) QUESADA GONZÁLEZ, M.^a Corona: "El rango hipotecario. Estudio crítico del sistema romano o latino de avance de puestos", RCDI, número 641, 1997.

(43) Necesario, también, a efectos procesales, el artículo 657 LEC –novedad en los procesos de ejecución– establece la posibilidad de que el Tribunal, a instancia de parte, se dirija a los acreedores que sean preferentes para que informen sobre la subsistencia actual del crédito garantizado y su actual cuantía. En relación con el artículo 666 de la LEC, antes de sacar a subasta se valoran para saber si el valor es bastante para satisfacer las cargas preferentes; de la cancelación, artículo 240 RH e indirectamente artículo 699 de la LEC; y para hacer constar el pago parcial de los créditos, ya que han de estar suficientemente identificados con el fin de practicar el asiento indubitadamente en la inscripción de cada hipoteca, no siendo bastante por el número interno del Banco (RDGRN 21 de junio de 2005).

(44) Según QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., la instauración de figuras que son propias de otro sistema "debería venir acompañada de una reforma profunda del Derecho inmobiliario registral, pues lo contrario podría causar graves disfunciones", *op. cit.*, p. 1337. Como las que causan los derechos reales de garantía autónomos con función de asegurar créditos en donde se admitieron, *vid.* NASARRE AZNAR, Sergio y STÖCKER, Otmar: "Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. El ejemplo de Europa central", RCDI, número 671, mayo-junio, 2002, pp. 919 y 920.

2. Supuestos de reutilización y recarga de la hipoteca después de la Ley 41/2007

Esta Ley (41/2007) da pie a que se llegue a admitir algo que inicialmente se rechazó en coherencia con el sistema: que una hipoteca constituida para la seguridad de un crédito pueda aplicarse posteriormente a la cobertura adicional de otro, cuando por haberse reducido el importe del primero quepa el segundo dentro del límite de responsabilidad hipotecaria establecida para aquél.

La Ley 41/2007 acoge una solución diferente al criterio sustentado por la DGRN (RRDGRN 23 de diciembre de 1987 –la que hizo uso de la denominación “flotante”–, 3 de octubre de 1991, 11 de enero de 1995, 6 de junio de 1998, 30 de marzo, 7 de junio y 27 de julio de 1999, 26 de mayo de 2001, 17 de enero de 2002, 30 de abril de 2002, entre otras) y admite la extensión de la cobertura a nuevos créditos, incluso sin conexión causal entre sí o de dependencia de uno respecto de otro (como había exigido en RR de 11 de enero de 1995, 1 de junio y 26 de septiembre de 2006) sin que se produzca novación extintiva.

Reconoce (art. 4 de la Ley 2/1994) (si bien se discute) que, en caso de novación por ampliación del importe debido, no es necesario, cuando no se modifica la cifra de responsabilidad, que se descomponga la hipoteca en fracciones con distinto tratamiento (como exigió el mismo Centro Directivo, RRDGRN 23 de julio de 2002, 8 de abril de 2002, entre otras; para supuestos anteriores, RDGRN 17 y 18 de marzo de 2008).

La Ley no impone el fraccionamiento, pero tampoco se entiende prohibido por distintos motivos (RDGRN 17 y 18 de marzo de 2008).

Es más, parece que debe producirse en el caso de ampliaciones de hipoteca a favor de acreedores distintos a aquéllos a los que se refieren las nuevas normas.

Una vez aprobada la Ley también es posible que una sola garantía (art. 153-bis LH) sirva, desde el momento de su constitución, de cobertura a varios créditos distintos sin conexión causal entre sí, manteniendo su individualidad, que pueden nacer en momentos diferentes, con la condición de que el acreedor sea una entidad financiera o las Administraciones públicas a las que se refiere la Ley (tributarias o de la Seguridad Social).

En los dos casos lo relevante no consiste en que una hipoteca sirva para garantizar varios créditos. El interés de las nuevas hipotecas es la consecuencia que se hace derivar de ello, ya que cada uno de estos créditos sucesivos puede alcanzar un importe igual a la cifra de responsabilidad fijada en el acto de constitución, efecto que se da por supuesto (45).

(45) Por todos, CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO: “El doble filo de la hipoteca global: *caveat creditor!*”, Diario *La Ley*, número 6988, p. 2.

Podría negarse en el artículo 153-bis LH que la hipoteca lo sea de créditos sucesivos cuyos importes acumulados superen “x” veces el importe de la cifra de responsabilidad y, de paso, sostener que es ésta la diferencia entre este nuevo artículo y el modificado por la Ley 41/2007, artículo 4 de la Ley 2/1994, afirmación que encontraría su fundamento en la omisión a toda referencia al rango en el nuevo artículo 153-bis de la LH.

Sin embargo, sería pecar de ingenuidad, pues no es otro el resultado al que conduce este artículo al admitir una hipoteca en garantía de créditos distintos sucesivos durante un período de tiempo. Supuesto de hecho que motiva el interés de la garantía, ya que tiene mayor trascendencia práctica que el que pueda serlo de varios créditos actuales o futuros hasta un importe.

De esta forma se admite la reutilización de la garantía para la “recarga” de la hipoteca, aunque la Ley no haga uso de la expresión del Código francés.

El reconocimiento de la garantía autónoma en la Ley 41/2007 mitiga las consecuencias de los principios registrales de especialidad (art. 153-bis en relación con la redacción que la misma Ley 41/2007 da al art. 12 de la LH) y el de accesoriedad. Se relativiza la importancia del crédito a todos los efectos como elemento definitorio de la hipoteca, afirmándose que propiamente no existe crédito hipotecario (46) durante el período intermedio. Pero sólo respecto de determinados acreedores en un sistema de avance de puestos.

No es necesario decir que estas novedades hipotecarias tienen especial interés práctico para las entidades financieras titulares de créditos de contenido voluntario que pueden verse favorecidos con preferencias relativas pactadas (47).

Por lo que ya antes de la reforma, la recarga de la hipoteca a través del llamado crédito único abierto se trató de justificar desde un punto de

(46) CARRASCO PERERA, Á., y CORDERO LOBATO, E.: *op. cit.*

(47) Los cambios introducidos en la Ley 41/2007 fueron impulsados por la práctica comercial de las entidades financieras, para los que alegan, más que razones jurídicas, las que publica la Exposición de Motivos con términos como “modernización”, “protección”, “competitivo”, “avanzar”, “flexibilizar”, eliminar “trabas administrativas” (como la supresión de la constancia en el Registro público en la emisión de bonos), “impulsar el mercado bancario”; “la sentida necesidad de avanzar y flexibilizar... obliga a los operadores jurídicos... entiendan dirigida su labor en el sentido de orientar y facilitar el acceso al Registro de los títulos autorizados para lograr que... queden bajo el amparo del régimen de publicidad y seguridad jurídica preventiva... disfruten de sus beneficios”; la “neutralidad en el tratamiento regulatorio de los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios ofertados en el mercado” (con lo que se justifican las comisiones bancarias y se les da respaldo legal); la conveniencia de “reducir y fomentar la transparencia de los costes de la transacción de las operaciones de mercado hipotecario” (para reducir los costes no bancarios como consecuencia del otorgamiento del título ejecutivo y de la inscripción).

vista teórico con la invocación de otros supuestos excepcionales al principio de accesoriedad (arts. 118-2.º de la LH; 1211 del CC...) para tratar de demostrar cierta autonomía de la hipoteca respecto de una única relación de crédito.

Una vez que la Ley permite que una misma hipoteca puede garantizar varios créditos distintos (“otras muy diversas relaciones jurídicas”, según la Exposición de Motivos) presentes y futuros (art. 153-bis de la LH) y reconocido que pueden tener lugar de forma repetida y sucesiva, habrá que distinguir el verdadero crédito único hasta un máximo, de los demás casos en los que existen relaciones crediticias diferentes que renuevan la garantía, con diversa causa y razón de obligar, de forma sucesiva, sobrepasando, acumulados, el límite de la cifra garantizada. Sobre todo, si de este reconocimiento legal de un supuesto singular se sigue, necesariamente, un tratamiento jurídico distinto.

La limitación subjetiva que impone la Ley rompe el principio de igualdad de trato y constituye en sí misma un beneficio a favor de estos concretos acreedores-hipotecarios, y no, de determinados tipos de crédito. Estas ventajas deben ser objeto de interpretación restrictiva.

La interpretación y aplicación de la reforma y la limitación del círculo de acreedores a la que va dirigida no puede olvidar que son límites a la libre configuración de las garantías la defensa del deudor, la facilidad del tráfico jurídico inmobiliario y del crédito territorial y, en definitiva, del orden público económico (RDGRN 19 de marzo de 2008). En especial cuando se trata de la constitución de las autónomas, no accesorias de un único crédito (48).

Por esta razón, a partir de esta reforma será necesario recalificar los supuestos de recarga ya admitidos con el recurso a conceptos artificiosos (49) y procurar una interpretación coherente entre las normas que pueden dar lugar a un efecto común.

Los dos supuestos que en la Ley 41/2007 pueden dar lugar a una garantía de créditos distintos de forma sucesiva, artículo 4 de la Ley 2/1994 y artículo 153-bis de la LH, tienen en común:

— La exigencia de que se dé publicidad a la cifra de responsabilidad en el acto de constitución de la hipoteca a favor de las entidades de crédi-

(48) Recomendación hecha por los diferentes equipos de trabajo que se agrupan para estudiar la Eurohipoteca. Por ejemplo, “Proyecto de investigación europeo Eurohipoteca: puntos para la discusión”, RCDI, número 685, septiembre-octubre 2004.

(49) CARRASCO PERERA, Á., y CORDERO LOBATO, E., ponen en relación el contrato de crédito ya concedido instrumentado en cuenta corriente pactado de forma más flexible “sin compromiso del banco a conceder crédito futuro”, con encaje en el artículo 153-bis, *op. cit.*, “El doble filo...”, p. 3.

to. Pero, como queda expuesto, en nuestra opinión, este importe no presta ninguna información sobre las sucesivas recargas, consecuencia de la reutilización de la garantía, ya que esta hipoteca, con la que se pueden garantizar varios créditos de forma sucesiva en un lapso de tiempo hasta el máximo de responsabilidad, no es equiparable a la hipoteca ordinaria en garantía de un crédito que se va pagando sin que los pagos sucesivos tengan publicidad registral, del que, como en toda ejecución, podrá probarse el pago efectuado, pero en la que queda definido el máximo de la propia relación obligatoria que se garantiza. Tampoco es equiparable a las hipotecas de máximo indeterminadas en cuanto al importe debido, en las que existe un contenido económico del gravamen y lo que queda por probar es el uso del crédito cuyo máximo está determinado en el acto de constitución. En ellas no hay recarga, ni especificada en el asiento como en el caso del artículo 4 de la Ley 2/1994, ni indeterminada hasta la ejecución, como pretende la doctrina en el supuesto del artículo 153-bis de la LH.

Además, la forma de probar el uso y el pago resulta del propio título del crédito. Pero no sucede lo mismo al revés. Es decir, los elementos que definen el crédito no se prueban con el pago, como se reconoce.

En ninguno de los supuestos que causan las dos novedades comentadas de la reforma, la cifra de responsabilidad que consta en el acto de constitución es, de hecho, la cifra de responsabilidad total real que puede asegurar la garantía durante el período intermedio a pesar de la dicción del artículo 4-3, Ley 2/1994. Por lo que esta cifra no puede considerarse suficiente protección para los terceros, ya que, por sí sola, no informa de la carga real que impide a los titulares de las garantías ulteriores conocer el alcance de su derecho a mejorar su puesto.

— En los dos supuestos (4 de la Ley 2/1994 y art. 153-bis de la LH) y en aquellos en que se produzca recarga de la garantía, tiene interés el plazo de duración de la garantía, ya que, por este efecto de recarga con nuevos créditos, la ampliación del plazo conlleva el posible aumento de la cifra real asegurada durante el período intermedio.

El legislador no tuvo en cuenta el efecto respecto de tercero en uno de los supuestos (art. 153-bis de la LH) y sólo parcialmente en otro (art. 4 de la Ley 2/1994), sobre cuándo debe recurrirse al consentimiento de los titulares de derechos intermedios; no se extiende en sus consecuencias y utiliza una redacción confusa (“ampliación del plazo del préstamo por este aumento o ampliación”).

En mi opinión, en los dos casos (art. 4 de la Ley 2/1994 y art. 153-bis de la LH) el aumento de plazo de vigencia de una hipoteca con posibilidad de recarga voluntaria supone, a la vez, un potencial aumento de capital. Así, la interpretación que merece el artículo 4 de la Ley 2/1994 es la

de que la ampliación de plazo perjudica a acreedores intermedios sin necesidad de incremento simultáneo del importe de capital. Por lo que considero necesario, en el caso de ampliación de plazo, el consentimiento de los terceros titulares de derechos interpuestos (50).

La hipoteca de créditos sucesivos no garantiza una misma cantidad, ya que si la realmente garantizada se calcula de forma acumulada durante ese lapso de tiempo, ésta se multiplica por el número de veces en que se efectúen disposiciones o se contraen créditos hasta su importe de cada vez, siendo posibles tantos como lo sean sus amortizaciones a lo largo del concreto número de años en que la garantía esté vigente.

El lapso temporal en el que pueden irse generando los créditos en número determinado o indeterminado, tiempo que va desde la constitución hasta, en principio, el cumplimiento es un factor jurídico relevante en la relación jurídica.

— En estas nuevas hipotecas no pierde interés la extensión que se reconozca al crédito asegurado (revalorizaciones, actualizaciones, intereses y prestaciones accesorias equiparables) para evitar la confusión entre los sucesivos, lo que permitiría tener por un nuevo crédito lo que es prestación accesoria de otro precedente sometida a distinto límite, protección y tratamiento jurídico.

La recarga, peculiaridad de esta hipoteca, en garantía de créditos cuyo importe puede alcanzar el de la cifra de responsabilidad varias veces de forma sucesiva, pone en cuestión normas generales como la contenida en el artículo 114 de la LH. Según ella, la hipoteca no puede garantizar intereses por plazo superior a cinco años, ni rebasarse este límite, englobando los intereses en el capital (RRDGRN 19 de enero y 23 de febrero, 1, 13, 15, 20, 21 de marzo, 1 y 2 de abril, 10 de mayo, 27 de junio, 16 de julio, 20 de septiembre y 14 de noviembre de 1996; 14 de enero de 1997 y 21 de enero de 1998).

Estas garantías renovables pueden tener utilidad en el caso de créditos por plazos medios o cortos. Para ellas carece de utilidad este límite temporal de responsabilidad por interés y a ellos se ajusta mejor el límite de responsabilidad de interés que atiende a la cuantía. El BGB establece un límite de cuantía al fijar un porcentaje de principal (51). Desde

(50) *Vid.*, sin embargo, opinión de VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Ángel: *op. cit.*, “La modificación de los préstamos hipotecarios...”, p. 1783.

(51) En el BGB (parágrafo 1119), la hipoteca garantiza por Ley los intereses legales y los gastos y costas de reclamación. Y puede ser ampliada la responsabilidad por intereses sin necesidad de consentimiento de los titulares de derechos de igual rango o de rango inferior hasta un 5 por 100 (si no los devenga o es inferior el pactado).

que el interés es variable quebró la proporción que resultaría del límite temporal que establece el artículo 114 de la LH.

— La novedad que representan las hipotecas con recarga consiste en que pueden llegar a asegurar créditos sucesivos hasta el máximo de cada vez. Esto es lo que la convierte en una hipoteca especial de carácter renovable. Esta nueva garantía (también en el caso del llamado y admitido “crédito abierto”), en uso de esta posibilidad de recarga, no tiene, de hecho, un máximo en el sentido jurídico del término: afección al pago de una cantidad máxima garantizada, ya que en el período intermedio lo es de máximos sucesivos.

Lo que el legislador omite en los dos casos es la respuesta sobre hasta qué punto es oponible esta hipoteca frente a los terceros que adquieran derechos sobre la cosa durante el período intermedio.

— Se afirma que los dos supuestos se diferencian por la forma en la que se produce la afección del bien como garantía del crédito. En ninguno de los dos casos (153-bis de la LH, art. 4 de la Ley 2/1994) la Ley exige que tenga que darse conexión alguna entre los créditos, pero la conexión debe darse, en los dos casos, entre la garantía y cada crédito, no sólo en el supuesto del artículo 4 de la Ley 2/1994.

La preferencia de un crédito es una atribución legal de una cualidad inherente al mismo (52) cuya virtualidad exclusiva es determinar una anteposición en el cobro de las situaciones de concurrencia de acreedores (que no dependen de la voluntad de un acreedor) frente al criterio general de la *par conditio creditorum* (RRDGRN 2 de diciembre de 2004, 28 de junio de 2005).

El artículo 153-bis no declara la prioridad de la cobertura a favor de créditos futuros sucesivos frente a cualquiera y, con menos motivo, prioridad excluyente. El artículo 4 de la Ley 2/1994 permite que se deduzca, pero no declara la preferencia de forma expresa.

En nuestro Derecho, el privilegio se concede al crédito no necesariamente por su causa (o interés). La razón de la mayor protección que hasta ahora se prestó y presta al crédito escriturario (al margen de la regulación actual en el caso de concurso) es la de que proporciona (siempre) la prueba de la cuantía, contenido y existencia del crédito a una fecha; y al que además está garantizado con una hipoteca inscrita, la de que, sobre el bien, lo hace oponible frente a cualquiera (53). En los dos supuestos (art. 153-bis de la LH y art. 4 de la Ley 2/1994) es común la necesi-

(52) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, IV, 1.º, p. 225.

(53) DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*, p. 41.

dad de que los terceros conozcan la existencia de la carga real económica garantizada; este conocimiento es de especial interés para el propio acreedor inicial, para el dueño del bien y para quienes contraten con él, cualquiera que sea la interpretación que merezcan las novedades que contemplamos.

— De cualquiera de los dos supuestos de reutilización (arts. 4 de la Ley 2/1994 y 153-bis de la LH), y en especial de este último artículo 153-bis, según como se interpreten, puede pretenderse una hipoteca con prioridad excluyente de otros derechos durante un tiempo, de manera que todas las garantías ulteriores a su fecha vean frustrado el avance de puesto por la recarga ilimitada de la hipoteca precedente desde que los créditos sucesivos, en un lapso de tiempo, pueden entenderse referidos a la fecha de constitución, aunque de forma acumulada superen varias veces la cifra máxima de responsabilidad.

Por esta razón, no nos parece acertado afirmar que la hipoteca en garantía continua de los créditos que van surgiendo en el tiempo a favor de un mismo acreedor garantiza siempre una misma cantidad, y que, por esta razón, la publicación de la cifra máxima de responsabilidad presta suficiente información (lo contrario de lo que sostuvo la DGRN en R de 27 de abril de 1999), ya que con esta aseveración se reduce la relevancia jurídica de la garantía a un único momento, el de la ejecución, al que se difiere el cumplimiento del requisito de la accesoriedad (54).

El hecho de que, en el caso de ejecución, la preferencia en el cobro se limite al importe anunciado en el Registro (efecto, por otra parte, que proporcionan todas las hipotecas) no la convierte en hipoteca de máximo al uso.

En nuestra opinión, ni el de ejecución es el único momento en el que tiene relevancia la prioridad, ya que ésta importa a lo largo de un período de tiempo; ni el momento de la realización de la garantía va a depender siempre de la voluntad del acreedor. La hipoteca no limita sus efectos, en perjuicio de tercero, al momento de la ejecución, ni se agota en el momento de la constitución. Los efectos que produce se traducen en el aseguramiento preferente al que da lugar a lo largo de todo un período de tiempo en el que la hipoteca garantiza el cumplimiento de la obligación frente a los derechos posteriores durante un lapso de tiempo.

La afirmación de que la hipoteca en garantía de créditos sucesivos (con recarga) asegura una misma cantidad conduce a aceptar por hipótesis (una única cifra de responsabilidad) lo que es opuesto a lo que esta garantía

(54) Vid. ANGUITA RÍOS, Rosa M.^a, en *op. cit.*, *Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria*.

ofrece como novedoso (una hipoteca que posibilita el que se garanticen de forma sucesiva esa cantidad tantas veces como lo permita el lapso de tiempo de duración de la garantía, los plazos de los créditos sucesivos y la facilidad de amortizar créditos que tenga el deudor).

Por lo que esta afirmación, aplicada a las hipotecas recargadas o recargables, sirve de ejemplo a una de las definiciones de lo absurdo.

El reconocimiento legal de la posibilidad de reutilización y recarga de las hipotecas constituidas a favor de las entidades financieras requiere lo que se elude, una regulación del valor jurídico que pueda atribuirse a la publicidad de la cifra máxima de responsabilidad fijada en el acto de constitución de la hipoteca que se traslada al asiento registral, y sobre si esta información puede tenerse por bastante en perjuicio de tercero, de manera que deba considerarse innecesaria la constancia en el Registro de la Propiedad de los importes de las sucesivas recargas para el ejercicio de los derechos que corresponden al acreedor hipotecante durante la fase de seguridad o para fijar la preferencia frente a otros derechos que pueden nacer y desenvolverse durante el mismo período de tiempo.

Por ejemplo, si es oponible al adquirente del bien el crédito posterior a la fecha de adquisición.

Las normas que comentamos no son precisas y claras. No resuelven problemas y su interpretación provoca muchas dudas. Para que sean útiles, su aplicación debe ser posible con arreglo al sistema y principios del ordenamiento; también debe ser coherente la interpretación que se haga de una por la otra, ya que, con cualquiera de ellas (arts. 4 de la Ley 2/1994 y 153-bis LH) se puede obtener un mismo efecto: una hipoteca que puede ir garantizando créditos distintos sucesivamente.

Pero de entre estas dos normas resultan diferencias.

(1) – Por el acreedor.

El artículo 4 de la Ley 2/1994 se refiere a las entidades del artículo 1 de la misma Ley que se remite al 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, modificado por la Ley 41/2007: bancos, cajas de ahorro y Confederación Española de Cajas de Ahorros, las cooperativas de crédito, los establecimientos financieros de crédito) y, en ellas, se distinguen por su diferente actividad.

El artículo 153-bis se refiere a dos tipos distintos de acreedores: permite a favor de las entidades financieras del artículo 2 de la Ley 2/1981 la constitución de hipoteca en garantía de una o varias obligaciones, de cualquier clase, presentes o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas. Y también a favor de las Administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social.

En cualquiera de los dos casos (a favor de estos dos grupos de acree-

dores), estas hipotecas son de constitución voluntaria, de acuerdo con la colocación sistemática del artículo 153-bis de la LH.

También la constituida a favor del acreedor Administraciones públicas; aunque, en este caso, la/s obligación/es asegurada/s no pueden serlo de cualquier clase, el interés exigible sea el legal de mora y el porcentaje de responsabilidad por los gastos esté determinado por Ley. Las deudas tributarias o a favor de la Seguridad Social son cargas conocidas y determinadas, también en los períodos de generación. No son futuras en todos los sentidos. Por lo que esta nueva hipoteca de máximo a favor de estas Administraciones no añade mucho más a la preferencia que pueden conseguir con una hipoteca de máximo común.

Este nuevo tipo de hipoteca en garantía de deudas tributarias y de la Seguridad Social es voluntaria, por lo que no se podrá obtener por conversión por medio de providencia judicial de la anotación preventiva en inscripción definitiva de este tipo de hipoteca (arts. 70, 77, 84 LH) y sí sólo cuando lo consienta expresamente el dueño del bien.

Los demás acreedores que no reúnan la condición de entidad financiera o Administración pública tributaria o de la Seguridad Social también pueden modificar sus escrituras de préstamo hipotecario, pero cuando amplíen el importe o plazo tendremos que distinguir el acreedor entidad financiera o Administración pública tributaria o de la Seguridad Social de cualquier otro, haciendo acepción de personas, para aplicar a estos últimos la doctrina de la DGRN vigente en el momento en el que entró en vigor esta Ley. Por tanto, éstos podrán obtener a su favor la hipoteca permitida con anterioridad a la Ley 41/2007, cuando la actividad o la relación que causa los diferentes créditos exista al tiempo en el que la hipoteca se constituye (RRDGRN de 4 de julio 1984 y 23 de diciembre de 1987). Podrá solicitarla, por ejemplo, el comerciante en garantía del crédito implícito que suponen los aplazamientos de pago de remesas en los contratos de distribución de mercancías (sin embargo, RDGRN 11 de octubre de 2004). También de ser varios, cuando los créditos estén interrelacionados (RRDGRN 17, 18 de marzo y 24 y 25 de abril de 2008) o cuando se noven y pierdan su identidad originaria para integrarse en uno único (RDGRN 12 de septiembre de 2003).

(2) – Otra diferencia importante entre la hipoteca que regula el artículo 153-bis de la LH y la ampliación del artículo 4 de la Ley 2/1994 es la previsión que respecto de esta última contiene la disposición transitoria única en su párrafo tercero. Únicamente se refiere a la novación de la hipoteca constituida con posterioridad a la Ley 41/2007.

Pero sería contradictorio que se pretendiese convertir en la hipoteca del artículo 153-bis de la LH una existente antes de la entrada en vigor

de la Ley. Este cambio tampoco puede tenerse por novación. No se encuentra entre los supuestos del artículo 4 de la Ley 2/1994 la transformación de una hipoteca, incluso de máximo, en el nuevo tipo que regula el artículo 153-bis de la LH (55).

En el Derecho francés, la recarga de las hipotecas anteriores a la entrada en vigor de la reforma puede tener lugar, pero sólo respecto de la última inscrita (56). Esta salvedad no estaría de más en el Derecho español, ya que el que aceptó una segunda hipoteca se puede encontrar con una primera, que, a base de ampliaciones del importe dentro de la cifra de responsabilidad, resulte inagotable en un determinado plazo.

A este fin no considero contrario al principio de libre competencia el pacto, en beneficio de tercero, por el que el deudor se comprometa a no recargar la hipoteca precedente. La reutilización para la recarga es en su beneficio, por lo que podrá renunciar a él. El dueño del bien no pierde la posibilidad de disponer de la cosa, puede venderla, en consecuencia puede renunciar a la recarga.

Si bien deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso, ya que puede resultar más ventajoso para otra entidad acreedora (un posible tercero) que la hipoteca preferente sea aquélla de la que se ocupa el artículo 153-bis de la LH, si, conforme a la interpretación que definiendo (la recarga es una facultad del dueño), su crédito puede recargar la hipoteca constituida a favor de un crédito inicial de otro acreedor, en lugar de que se constituya a su favor una segunda hipoteca después de otra que puede recargarse (57) dentro de los límites de la cifra de responsabilidad.

(3) – También vimos cómo se diferencian por el plazo. El artículo 4 de la Ley 2/1994 no fija uno máximo. El artículo 153-bis de la LH fija una duración de la garantía y no regula las consecuencias de la ampliación del plazo o de posibles prórrogas, lo que hace el artículo 4 de la Ley 2/1994.

Tanto en los supuestos de novación como ampliación de plazo, como en el de las prórrogas, en el supuesto del artículo 153-bis de la LH, creo que debe tenerse en cuenta que, a mayor plazo, mayor posibilidad de aumentar la cifra real garantizada.

(4) – Como vimos, otra de las diferencias entre los dos artículos que permiten la recarga es la de que el 4 de la Ley 2/1994 expresamente dice:

(55) Vid., sin embargo, CARRASCO PERERA, Á., y CORDERO LOBATO, E.: *op. cit.*

(56) *Bulletin Officiel des impôts, Direction Générale des impôts*, 7 A-2-06, número 165 du 12 de octubre 2006.

(57) GRIMALDI, Michel: "L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire", *La Semaine Juridique Edition Générale*, número 20, 17 de Mai 2006, I 9, p. 2.

“Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita...”. Aprobado, pero no sin oposición (58) y, una vez en vigor, objeto de interpretaciones encontradas.

Este artículo 4 establece cierto efecto respecto del tercero, mientras que el artículo 153-bis de la LH, no. En los dos casos se facilita la interpretación de que sólo las entidades financieras están excluidas de las exigencias impuestas a otros acreedores y podrán ampliar el importe de sus operaciones sin alterar o perder rango siempre que no se incremente la cifra de responsabilidad.

(5) – La diferencia no es irrelevante si se tiene en cuenta que en el caso del artículo 153-bis de la LH no es necesario que exista crédito al tiempo de la constitución.

Los dos supuestos legales de reutilización y recarga se diferencian o pueden diferenciar por el momento en el que existe el crédito garantizado y las condiciones exigidas por la Ley para su identificación.

Cuando la recarga tiene lugar como consecuencia de la novación por ampliación sin alteración de la cifra de responsabilidad, la hipoteca es accesoria de un crédito, está garantizando un crédito actual (o, en su caso, actuales, el inicial y el que causa la ampliación) del que es titular un mismo acreedor. La ampliación de la garantía necesita el consentimiento del acreedor.

Mientras que el artículo 153-bis de la LH no exige que exista una obligación actual al tiempo de constituirse la hipoteca. Puede serlo en garantía de obligaciones futuras en todos los sentidos; las que puedan llegar a nacer, sin que ello suponga el reconocimiento de los efectos de la hipoteca de propietario. Por tanto, cuando todavía no existe acreedor del que se pueda esperar consentimiento alguno. El futuro acreedor puede ser determinable (lo que tampoco es algo atípico en nuestro ordenamiento –bajo condición, herederos fideicomisarios–). La hipoteca puede constituirse como hipoteca unilateral.

En nuestra opinión, la razón de ser de este artículo 153-bis, existiendo el artículo 4 de la Ley 2/1994 (por el que una única hipoteca constituida inicialmente en garantía de un crédito puede llegar a garantizar

(58) Enmienda 51 de modificación, Grupo Parlamentario Catalán, en la que proponía la supresión del aumento de capital como una novación sin alteración de rango con la siguiente justificación: “El texto presentado subvierte conceptos técnico-jurídicos elementales, por cuanto doctrinal y jurisprudencialmente la ampliación equivale a la constitución de un nuevo préstamo o crédito hipotecario. La propia excepción contemplada en el apartado 3 es una prueba evidente de la verdadera naturaleza jurídica de la ampliación”.

Enmienda 77, Grupo Parlamentario Popular.

otros por acuerdo entre el acreedor y el deudor), consiste, según lo que nos parece más fundado, en que el legislador permite, en el caso del artículo 153-bis, al que constituyó la garantía utilizarla de nuevo sin consentimiento del acreedor, siempre que conserve la libre disposición de la cosa (59). La Ley expresamente establece que los créditos, por el hecho de estar garantizados con la hipoteca, no pierden su individualidad, y no exige, para determinarlos, la identificación de la persona del acreedor.

La recarga del artículo 4 de la Ley 2/1994 es innecesaria en la hipoteca especial calificada de máximo que regula el artículo 153-bis de la LH. La hipoteca que regula el artículo 153-bis LH se constituye desde el principio con el carácter de recargable en garantía de posibles créditos autónomos y como resultado, sucesivamente hasta el importe máximo, en un concreto lapso de tiempo. Así constituida, la recarga no necesita el consentimiento de los acreedores anteriores, beneficiados por el principio de preferencia real al ser primeros en el tiempo.

El artículo 153-bis regula una hipoteca recargable y el artículo 4 de la Ley 2/1994 se ocupa de la recarga de la hipoteca ya constituida sin ese carácter de recargable (hipoteca recargada).

Esta es, en mi opinión, la diferencia sustancial entre los artículos 153-bis de la LH y 4 de la Ley 2/1994: El primero permite al dueño del bien hacer uso de la garantía a favor de sucesivos créditos que no tienen por qué ser del mismo acreedor. Y, por este efecto diferenciador, puede decirse que al artículo 153-bis es al que puede referirse el tipo de garantía del Derecho anglosajón *mortgage equity withdrawal* [el mecanismo jurídico que permite al deudor reutilizar su garantía en beneficio de varios créditos que no tienen por qué ser del mismo acreedor (60)] y a la *hypothèque rechargeable* francesa.

3. Diferencias entre los supuestos de recarga de la Ley 41/2007 y la regulación francesa de la *hypothèque rechargeable*

Entre las recientes reformas de los sistemas de garantías de las legislaciones comunitarias ofrece puntos de encuentro con la nuestra la llevada a cabo en el Derecho francés por la Ordonnance du 23 de marzo de 2006 (61), ratificada por la Ley número 2007-212, de 20 de febrero 2007

(59) Vid. PRIGENT, Stéphane: "L'hypothèque rechargeable", *Defrénois*, número 18/07, p. 1292.

(60) CERLES, Alain: "L'hypothèque rechargeable", *Revue Lamy Droit des Affaires*, Mars 2007, número 14, p. 100.

(61) Reforma francesa que tiene como origen el trabajo encomendado por los Poderes públicos en el año 2003 a un grupo de trabajo, en esta ocasión bajo la presidencia del profe-

(arts. 2421 y ss. *du Code*), que instituyen esta *hypothèque rechargeable*.

Tiene notas comunes a los dos supuestos de reutilización de la garantía introducidos por la Ley 41/2007. Pero no puede decirse, en consideración a los requisitos que se exigen, que la hipoteca francesa se encuentra a medio camino entre una y otra de las modalidades de recarga reconocidas en las leyes españolas, ya que presenta mayores similitudes con la hipoteca que regula el artículo 153-bis de la LH.

En todos estos casos, una hipoteca garantiza varios créditos. Y en ninguna de estas regulaciones (art. 4, Ley 2/1994, art. 153-bis LH y aquélla con la que se comparan éstas, la *hypothèque rechargeable*), para concertar un nuevo crédito, se exige el completo pago del primer acreedor.

La *hypothèque rechargeable* lo es en garantía de un crédito inicial y en esto se parecen la hipoteca francesa y la novación por ampliación sin alteración de la cifra de responsabilidad hipotecaria.

El supuesto de recarga del artículo 4 de la Ley 2/1994 se diferencia tanto de la hipoteca francesa recargable, como la del artículo 153-bis de la LH, en que estas últimas desde el inicio lo son en garantía de créditos futuros, no se extinguen con el crédito y el crédito inicial no tiene por qué coincidir con la cifra de responsabilidad; en estos dos casos puede haber períodos de garantía sin crédito (de levitación), mientras que para la recarga del artículo 4 de la Ley 2/1994 es necesario que el crédito inicial esté vivo. En este caso no pueden darse períodos de levitación.

Por lo que existe una diferencia sustancial entre la hipoteca francesa recargable y el efecto previsto en el caso de la ampliación sin alteración de la cifra de responsabilidad (art. 4 de la Ley 2/1994), que consiste en que el artículo 4 de la Ley 2/1994 no regula una hipoteca de carácter recargable. Razón por la que no puede reutilizarse sin consentimiento del acreedor. Es una hipoteca recargada, y para ello se necesita el mutuo acuerdo del dueño del bien y el acreedor.

Como resulta de lo expuesto, la *hypothèque rechargeable* se asimila a la hipoteca del nuevo artículo 153-bis de la LH en todo lo que ésta se diferencia de la novación. Se constituyen para garantizar varios créditos desde su inicio y en los dos casos (153-bis e *hypothèque rechargeable* francesa) la hipoteca subsiste extinguido el crédito aunque no se recargue.

Tanto en una como en otra la garantía se renueva a medida que se amortizan los créditos que se conceden. En Francia se excluyen de esta hipoteca los créditos al consumo renovables por tácita reconducción (*Code de la consommation*, art. L 313-14 nuevo). Además la doctrina francesa reconoce la inoperancia de la recarga frente a determinados terceros.

sor GRIMALDI; CERLES, Alain: "L'hypothèque rechargeable", *Revue Lamy Droit des Affaires*, Mars 2007, número 14, p. 100.

Pero la nueva hipoteca francesa y la que introduce en el artículo 153-bis de la LH la Ley 41/2007 se diferencian en los requisitos del crédito inicial y los sucesivos. En la recargable francesa existe un crédito inicial, lo que, sin embargo, no es necesario en el caso del artículo 153-bis de la LH.

Por lo que la interpretación que presupone en esta hipoteca española una facultad en el acreedor puede ser imposible si el crédito es totalmente futuro.

Se asimilan la hipoteca recargable francesa y la española del artículo 153-bis de la LH en que el importe del crédito inicial en la primera no necesita coincidir con el importe de responsabilidad por principal y la cifra de responsabilidad puede ser superior a la cifra del crédito inicial, tal y como la doctrina francesa (62) interpreta las normas (*art. 2423 Code Civil*, según la Ley de Ratificación, ya que refiere como excepción a ese artículo la prohibición de que sea inferior el crédito en relación a la transformación del privilegio del que presta dinero para la adquisición de un inmueble, *L 313-14-1, C.Consommation; Instrucción fiscale 1er décembre 2006*). También se defiende que la cifra del crédito pueda ser superior a la de la hipoteca recargable, que cubrirá la diferencia a medida que se va amortizando [*“La logique de l’hypothèque rechargeable le justifie”* (63)], con la ventaja de que va adquiriendo preferencia respecto de otro acreedor futuro que escoja el deudor.

La incertidumbre sobre la eficacia de la hipoteca que regula el artículo 153-bis de la LH es mayor de la que puede generar la regulación de la *hypothèque rechargeable* francesa, ya que esta última establece, no sólo las reglas básicas de las relaciones de conflicto interno entre los sucesivos acreedores de los créditos futuros (64), sino también el momento en que

(62) GRIMALDI, Michel: “L’hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire”, *La Semaine Juridique Edition Générale*, número 20, 17 de Mai 2006, I 9, p. 2; SAVOURÉ, Dominique: “L’hypothèque rechargeable”, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, número 19, 11 de Mai 2007, 1175, p. 2; GOURIO sostiene que “la lettre des dispositions du Code civil ne comporte pas... d’interdiction de stipuler un montant de l’hypothèque supérieur à celui de la créance garantie”; GOURIO, Alain: “L’hypothèque rechargeable”, *Revue bimestrielle LexisNexis JurisClasseur - Revue de Droit Bancaire et Financier*, septembre-octobre 2006, p. 40; CERLES en los mismos términos, “l’hypothèque peut être constituée à l’origine pour un montant supérieur à celui du crédit consenti... dans ce cas, les deux montants devront être mentionnés dans le bordereau d’inscription”; CERLES, Alain: “L’hypothèque rechargeable”, *Revue Lamy Droit des Affaires*, Mars 2007, número 14, p. 101; THÉRY, Philippe: “Le renouvellement de l’hypothèque”, *Revue Droit & Patrimoine*, número 159-2007, p. 4.; PRIGENT, Stéphane: “L’hypothèque rechargeable”, *Defrénois*, número 18/07, p. 1273.

(63) GRIMALDI, M.: *op. cit.*, p. 2; PRIGENT, St.: *op. cit.*, p. 1281.

(64) La Ley francesa se ocupa de los conflictos internos en el artículo 2422 (de acuerdo con la Instrucción 10 D-2-06, número 197, 1.º déc. 2006): “L’hypothèque peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances autres que celles mentionnées par l’acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément.

Le constituant peut alors l’offrir en garantie, dans la limite de la somme prévue dans l’acte

surte efecto la hipoteca recargable respecto de los créditos objeto de recarga.

El artículo 153-bis no recoge una afirmación como la que hace el artículo 2421 del Código Civil francés respecto a la eficacia del rango y no refiere los créditos a la fecha de la inscripción de la hipoteca. Tampoco el artículo 153-bis de la LH española se detiene en las reglas de imputación, por lo que regirán las generales que confieren al deudor la posibilidad de escoger el crédito satisfecho en el caso de que las deudas lo sean con un mismo acreedor (art. 1172 del Código Civil).

La doctrina de aquel país establece los supuestos de excepción: en especial, en el caso de hipoteca sin crédito actual, calificado de período de "levitación" (65), o de recarga efectuada por el dueño del bien en perjuicio de tercero (66), como sucede en los casos de anotación de embargo, de inicio del juicio de ejecución universal, o cuando se hubiesen efectuado sobre el bien actos de disposición a favor de tercero (ventas de derechos plenos o limitados).

En coherencia con la facultad de disponer del dueño, se reconoce a éste la posibilidad de renunciar al carácter recargable de la hipoteca constituida con los requisitos que prevé la propia Ley.

GRIMALDI invoca para el caso de renuncia el mismo principio que rige en Derecho francés para las hipotecas de obligaciones futuras y dice: "il n'y a lieu d'exiger ici ni que l'hypothèque soit durée indéterminée, ni l'observation d'un délai de préavis" (67).

4. Requisitos de la recarga

Tanto el artículo 153-bis como el artículo 2421 del Código Civil francés exigen, cada uno de una manera, la identificación de los futuros créditos en la escritura de constitución de la hipoteca.

constitutif et mentionnée à l'article 2423, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier encore que le premier n'ait pas été payé.

La convention de rechargement qu'il passe, soit avec le créancier originaire, soit avec le nouveau créancier, revêt la forme notariée.

Elle est publiée, sous la forme prévue à l'article 2430, à peine d'opposition aux tiers.

Sa publication détermine, entre eux, le rang des créanciers inscrits sur l'hypothèque rechargable.

Les dispositions du présent article sont d'ordre public et toute clause contraire à celles-ci est réputée non écrite."

(65) GOURIO, Alain: "L'hypothèque rechargeable", *Revue bimestrielle LexisNexis Juris-Classeur - Revue de Droit Bancaire et Financier*, septembre-octobre 2006, p. 40.

(66) CERLES, Alain: *op. cit.*, p. 101. GRIMALDI, M.: *op. cit.*, p. 3.

(67) GRIMALDI, M.: *op. cit.*, p. 3.

En ninguno de los dos casos es necesario fijar en el acto de constitución la verdadera carga que representan las condiciones económicas de los créditos futuros. Pero el legislador francés exige que éstas sean determinables y se refleje la causa de las obligaciones futuras (art. 2421, *Code Civil*: “Si elles sont futures, elles doivent être déterminables. La cause en est déterminée dans l’acte”).

El artículo 153-bis es menos preciso: “Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución de hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma: su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas”.

Los requisitos que a este fin impone el nuevo 153-bis de la LH no sirven para definir las obligaciones futuras, sino sólo las relaciones o los actos de los que puedan surgir. El artículo no exige que exista al tiempo de constituirse la hipoteca ni que sea sólo una la relación fuente de las obligaciones futuras. No impone ningún requisito formal, pero tampoco excusa los que puedan derivar de otras normas.

Por su parte, el legislador francés atiende las recomendaciones de la Federación bancaria francesa (68) y no prescinde de los cauces jurídicos independientes en garantía del dueño del bien. Impone la necesidad de que la recarga se haga en documento notarial entre el deudor hipotecante, sea con el acreedor inicial, sea con otro acreedor diferente. Las recargas son autónomas unas de otras, por lo que pueden hacerse a favor de acreedores distintos. Esta facultad del deudor es de orden público (69). La declaración de orden público es relevante en muchos aspectos; entre ellos se reconoce como límite para la aplicación de las normas de Derecho internacional.

En Derecho francés, el notario debe cerciorarse del montante que queda disponible, para lo que debe obtener un certificado bancario sobre las sumas debidas o sobre las rembolsadas (70). En Francia existe especial control jurídico del contenido de la recarga (71), ya que el notario debe comprobar que no se están garantizando créditos que no lo puedan ser con

(68) “Ces mêmes banquiers estimaient que le recours à un notaire devait être requis à chaque nouveau crédit afin que l’emprunteur soit pleinement conscient que son geste engage sa résidence principale et que les défauts de remboursement peuvent entraîner la mise en oeuvre de la garantie par le prêteur et conduire à la vente du logement”; CERLES, Alain: *op. cit.*, p. 102.

(69) Lo pone de relieve la doctrina, por ejemplo, CUIF, Pierre-François: “Le caractère hybride de la convention de rechargement”, *Revue Lamy Droit Civil*, número 34, p. 29.

(70) SAVOURÉ, Dominique: “L’hypothèque rechargeable”, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, número 19, 11 de Mai 2007, 1175, p. 4.

(71) SAVOURÉ, Dominique: *op. cit.*, p. 2.

esta clase de hipoteca (como vimos, no caben bajo esta cobertura todo tipo de créditos; el incumplimiento de esta restricción por parte del acreedor se sanciona con la pérdida automática del derecho a los intereses y con una multa); debe vigilar que la garantía sea eficaz, no sólo porque quede saldo del máximo de la garantía, sino para cumplir los legales requisitos que exige la existencia de una garantía y que informen sobre el valor del bien y eviten el riesgo que supone, por ejemplo, el retroceso en el mercado inmobiliario.

La recarga puede serlo por importe superior al inicial (72). Puede ser recargada a favor de acreedor distinto del primero, aunque el crédito inicial no esté totalmente reembolsado (“encore que le premier créancier n’ait pas été payé”, art. 2422). Lo que para algunos significa haber comenzado a pagar y para otros haber satisfecho íntegramente el crédito anterior. La Instruction 10 D-2-06, número 197, 1.^{er} déc. 2006 parece haber adoptado la primera solución, ya que el notario debe certificar que la suma garantizada por la convención de recarga no excede de la parte disponible que quede de la suma prevista en el acto constitutivo.

Para la oponibilidad se exige la constancia en el Registro de la Propiedad (73). La publicación de la convención fija el orden de los acreedores inscritos sobre la hipoteca recargable. Lo declara el artículo 2422, que es de orden público. Por lo que no cabría, en principio, pacto en contrario sobre este extremo entre los acreedores garantizados y, de darse, debería tenerse por no escrito; sin embargo, el carácter de disposición de orden público se interpreta con matizaciones en el caso de pacto acerca del orden preferente de acreedores.

En Derecho francés, los convenios de recarga merecen la calificación de cuasipotecas por su naturaleza híbrida (74). Los créditos participan de ciertos derechos que a todos confiere la garantía. Pero la prioridad no es absoluta. Como anticipamos, las fechas de la recarga no se anteponen a la de la inscripción respecto de algunos créditos, como los embargos judiciales preventivos, a favor del Tesoro público o las entidades gestoras de un régimen obligatorio de Seguridad Social (75).

A diferencia de la Ley francesa, el artículo 153-bis de la LH no establece los requisitos que deben reunir los actos jurídicos básicos y los futuros créditos garantizados para que, en su caso, queden vinculados a la

(72) CUIF, Pierre-Francois: *op. cit.*, “Le caractère hybride...”, p. 28.

(73) “La convention de rechargement qu’il passe, soit avec le créancier originaire, soit avec le nouveau créancier, revêt la forme notariée. Elle est publiée, sous la forme prévue à l’article 2430, à peine d’inopposabilité aux tiers. Sa détermination détermine, entre eux, le rang de créanciers inscrits sur l’hypothèque rechargeable” (art. 2422, *Code Civil*).

(74) CUIF, Pierre-Francois: *op. cit.*, “Le caractère hybride...”, p. 27.

(75) SAVOURÉ, D.: *op. cit.*, p. 4.

hipoteca. El legislador no se detuvo en la forma en la que debe producirse la afección del crédito futuro o pasado a la garantía. Pero creo que es discutible que el silencio del artículo 153-bis de la LH pueda interpretarse en el sentido de que no existan requisitos exigibles con arreglo a las normas generales.

Nuestra doctrina interpreta el artículo 153-bis de manera diferente a la expuesta en Derecho francés. Algunos comentaristas (76) de la reforma no consideran necesario la publicidad de la recarga. Toman por bastante la cifra del máximo de responsabilidad, que, sin embargo, conforme a la opinión ya expuesta, no representa ningún límite real a la cuantía de las recargas y a la pretendida facultad de reutilización que esta doctrina defiende en el acreedor.

Se interpreta la Ley en el sentido de que los datos relativos a las circunstancias del crédito y procedimiento por el que puede fijarse el saldo deudor forman parte del contenido del título en el que consta el nacimiento del crédito, ya que la Ley no exige que en la escritura de constitución de hipoteca se determinen los aspectos esenciales de las obligaciones garantizadas y que en la escritura de constitución de hipoteca consten las líneas generales de las obligaciones a cargar o asegurar, como en su momento sostuvo la DGRN (RDGRN de 23 de julio de 2005).

En base a la idea de que se inscribe la hipoteca y el principio de especialidad (necesaria determinación del derecho que se inscribe) afecta a la hipoteca, pero no al préstamo garantizado por ella; se sostiene que éste está sujeto a términos y condiciones susceptibles de acreditación extrarregistral y no se extiende la calificación sobre este extremo (RDGRN 28, 29 de febrero, 19 de marzo, 5 y 6 de mayo 2008).

El artículo 153-bis LH es una norma especial que permite una hipoteca en garantía de obligaciones totalmente futuras. Por esta razón admite que se identifique la obligación con datos distintos a aquellos a los que se refiere el artículo 12 de la misma LH, ya que éstos no son conocidos al tiempo de la constitución de la hipoteca.

Pero el artículo 153-bis no excepciona la necesidad de que la obligación garantizada se identifique en perjuicio de tercero. Es una especialidad que no excepciona la regla general del artículo 12 de la LH. Por lo que deben constar en el Registro los datos que recoge el artículo 12 de la LH como contenido de la inscripción de un derecho real de hipoteca: im-

(76) Vid. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, Íñigo: *op. cit.*, p. 236.

Sin embargo, ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, Luis: "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*, Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, p. 302.

porte de principal, intereses o el importe máximo de responsabilidad (77). La calificación del artículo 153-bis como hipoteca de máximo remite al segundo caso, en el que se excepciona el principio registral de especialidad que exige la determinación separada de la responsabilidad por cada uno de los conceptos. Pero, de acuerdo con lo expuesto, la indeterminación facilita en la hipoteca del artículo 153-bis de la LH una garantía de responsabilidades máximas sucesivas.

Aquellos comentaristas de la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2007, que derivan al título de la obligación el contenido económico y alcance real y que afectan la carga al tiempo de la realización de la garantía, fijan unos requisitos formales mínimos y amplios tanto para la determinación de las posibles obligaciones aseguradas en el acto de constitución como en el momento de nacimiento de la obligación y posterior de vinculación del crédito a la carga.

La defensa de esta amplitud, efectuada por quienes (78) ven en este artículo 153-bis de la LH una hipoteca global y flotante y el privilegio de un acreedor entidad financiera a elegir el crédito ejecutable directamente sobre el bien inmueble, entraña un riesgo para el dueño del bien, ya que muchas relaciones económicas de todo tipo se reconducen, de forma voluntaria e involuntaria, a través de estas entidades. Esto, unido a la opacidad de los contratos bancarios atípicos, sujetos a condiciones económicas variables, con una posición dominante que no se permite a ningún otro acreedor, conduce a incrementar el riesgo de que el dueño pierda el bien como consecuencia del reconocimiento de una facultad en el acreedor por la que pueda aplicar la garantía a satisfacer cualquier crédito (inclu-

(77) "En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración.

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización" (art. 12 de la LH).

Se hizo caso omiso a las enmiendas al artículo 12, en las que se incluía la necesidad de que se hiciese mención en la inscripción de la hipoteca a la naturaleza de la obligación y a su duración.

En concreto, a la que consideró que sería una inclusión coherente con el contenido del artículo 153-bis de la LH, el que se considera esencial en la inscripción de hipoteca la denominación y, en su caso, la indicación de los actos jurídicos básicos...

Enmienda 46 Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió).

(78) CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO opinan que la determinación puede hacerse por "supuestos de hechos materiales, descripciones de relaciones de mercado, operaciones de tráfico comercial, ilustraciones de la realidad económica. En rigor no debe existir ninguna dificultad en satisfacer la exigencia legal", *op. cit.*, "El doble filo...", p. 2.

so nacido en cabeza de otro) sin que el deudor cuente con medios de defensa y prevención que le adviertan sobre el verdadero alcance del acto que realizan. De manera que el impago de cualquier tipo de deuda, por descuido y desacuerdo, pueda originar la ejecución de la cosa dada en garantía.

Por esto, la necesidad de que se determinen las posibles obligaciones garantizadas por la hipoteca cobra un sentido distinto si se defiende la reutilización de la garantía por quien tiene la libre disposición de la cosa (como hago en estas líneas), que puede ser una persona distinta de quien inicialmente constituyó la hipoteca. En este caso, la delimitación de las obligaciones proporciona información sobre la causa que justifica la protección de la hipoteca así constituida, los límites y elementos de interpretación en el uso de la facultad y posibles lesiones en los derechos de los que puedan beneficiarse con la garantía.

En defensa de esta interpretación alego que la conexión debe darse entre el crédito que se sirva de la garantía y ésta. Pero, como entendemos, la Ley no exige que entre los créditos tenga que darse conexión alguna. Con esta interpretación no pierden sentido los motivos de la reforma que invoca el legislador.

FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS (79) justifica la norma en cuanto viene a admitir la hipoteca en garantía de una obligación futura, en el sentido de “una obligación del tipo «totalmente futura», no necesitada, esto es, de una relación subyacente de crédito existente al tiempo de la constitución del gravamen”.

No tiene que existir conexión ni por la persona del acreedor ni por la del deudor. Ni es necesario que los créditos futuros sean el resultado de una actividad existente al tiempo de constituirse la hipoteca o que merezca la consideración de un crédito continuado. No tienen cabida en la nueva norma las hipotecas en garantía de créditos que la tienen en otra (arts. 142, 153 LH) o ya admitidas antes de la entrada en vigor de la Ley (con amparo en el art. 153 LH), en las que lo que se tiene por futuro es la obligación de reintegro (80).

Los requisitos que debe reunir la conexión crédito futuro e hipoteca ya constituida deben ser mayores cuanto menor es la determinación de la

(79) *Op. cit.*, p. 207.

(80) Por ejemplo, la calificada de apertura de crédito instrumentado en cuenta corriente; ésta es la relación jurídica básica de la que surge la obligación fundamental del concedente de tener a disposición del acreditado la cantidad pactada, pero no surge por el contrato la obligación fundamental de reintegro mientras no disponga: es una obligación futura que sólo surge por la disposición y de cuantía indeterminada, en atención al uso que se haya hecho del crédito concedido (RDGRN 6 de noviembre de 1999).

obligación en la escritura de constitución de la hipoteca a favor de las entidades financieras (81).

En cualquier caso, interpretado este artículo 153-bis de la LH por el artículo 12 de la misma LH, la denominación (aún totalmente futura) debe ser, en todo caso, la suficiente para identificar en su momento la obligación garantizada (82).

Se trata de fijar el contenido de una relación jurídica, por lo que por denominación no se puede entender la comercial de un producto cuyo contenido depende de la voluntad de acreedor y de la que no pueda inferirse un contenido de derechos y deberes al que el dueño del bien en garantía no prestó su consentimiento.

La denominación de la futura obligación debe ser la que pueda corresponderle de acuerdo con las normas, ya que es la que debe tener reflejo en la calificación jurídica del contrato futuro y en cuenta para apreciar la capacidad y legitimación de quienes lo celebren. Las dudas de interpretación que generan los amplios términos no perjudican a quien no generó la oscuridad [art. 1258 del Código Civil y art. 6 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (83)].

La Ley se refiere a actos jurídicos básicos de los que pueda surgir la

(81) Pretenden lo contrario CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO: "Aunque parezca paradójico, cuanto más amplia sea la descripción de los actos comprendidos (hasta llegar al *all sums clause*) menos será la determinabilidad de la cobertura", *op. cit.*, "En doble filo...", p. 2, que interpretó en el sentido de que, cuanto más amplia sea la definición de los garantizables, menos problemas tendrá la entidad acreedora para hacer el uso de la garantía que estos autores defienden.

(82) "Es cierto que, según la doctrina de esta Dirección General, el principio de especialidad impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que ha de inscribirse (arts. 9.2 de la Ley Hipotecaria y 51.6 del Reglamento Hipotecario) lo que tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su (*sic*) carácter accesorio del crédito garantizado (arts. 104 de la Ley Hipotecaria y 1857 del Código Civil), exige, como regla general, la precisa determinación de la obligación a la que sirve. Pero también lo es, que este Centro Directivo ha considerado reiteradamente que, en materia de hipotecas, el principio de determinación de los derechos inscribibles se acoge con notable flexibilidad, a fin de facilitar el crédito, permitiéndose, en ciertos supuestos, la hipoteca sin la previa determinación registral de todos los elementos de la obligación. No se precisa, ciertamente, que la obligación, por asegurar tenga ya existencia jurídica ni que ésta sea definitiva; puede constituirse también en garantía de una obligación futura o sujeta a condición (art. 142 de la Ley Hipotecaria), pero también en esta hipótesis es preciso identificar, al tiempo de su constitución, la relación jurídica básica de la que derive la obligación que se pretende asegurar, y solamente si se produce su efectivo nacimiento, en su caso, y autónoma exigibilidad, procederá el desenvolvimiento de la garantía hipotecaria", RDGRN 28 de febrero de 2008.

(83) Artículo 6 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación: "Las dudas de interpretación de las condiciones oscuras se resolverá a favor del adherente. En los contratos con consumidores esta norma de interpretación sólo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales" (la Ley 44/2006 dio nueva redacción al art. 6, apart. 2, de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación).

obligación. Lo que presupone que podrán garantizarse obligaciones que no deriven de un pacto en el que media la voluntad del deudor. Cabría plantearse si es posible que puedan entenderse garantizadas las derivadas de actos, por ejemplo, de responsabilidad extracontractual, apreciada por el acreedor.

La referencia a los actos con carácter general creo que debe interpretarse en relación con la hipoteca constituida de forma voluntaria al amparo del artículo 153-bis de la LH a favor de las Administraciones públicas.

En mi opinión la determinación no se tiene que producir de la misma forma cuando se constituye esta hipoteca en garantía de las Administraciones con competencia tributaria o de la Seguridad Social. En este caso, los hechos que las motivan y el momento en el que nacen las deudas y los conceptos debidos están determinados por la Ley.

No ocurre lo mismo en el caso de hipotecas a favor de las entidades financieras. De ahí que en este caso la conexión crédito-hipoteca debe tener mayor grado de exigencia. Y será necesario recordar que la determinación inicial de la cifra de responsabilidad en el acto de constitución no es un límite al número de recargas posibles ni al importe real asegurado durante el período intermedio. De manera que no constituye ningún límite a la facultad de recarga del acreedor. Lo que tiene relevancia durante el período en que la hipoteca está vigente y, también, al tiempo de su ejecución, por ejemplo, al efecto de la distribución del precio (84), sobre todo si se admite, como defiende, la reutilización a favor de acreedores distintos.

Para fijar los requisitos de la recarga deben tenerse en cuenta los de forma y capacidad de acuerdo con las normas generales.

— Respecto al formal, considero que si la vinculación de la obligación y la garantía sobre el bien inmueble se produce en el título por el que nace la obligación, sólo puede tener lugar en escritura pública. Es materia excluida del ámbito de la póliza los actos y negocios que tengan objeto inmobiliario (art. 17 de la Ley Orgánica del Notariado y art. 144 del Reglamento de Organización y Régimen del Notariado vigente).

— Respecto a los requisitos de capacidad, considero que el acuerdo por el que se contrae una nueva obligación que va a estar asegurada con la hipoteca es un acto de disposición desde el momento que disminuye el valor del bien. En cada recarga será necesario comprobar que el deudor hipotecante conserva la facultad de recargar la hipoteca (85) y que

(84) *Vid.* THÉRY, Philippe: "Le renouveau de l'hypothèque", *Revue Droit & Patrimoine*, número 159-2007, p. 5.

(85) Así, en Derecho francés, *vid.* PRIGENT, St.: *op. cit.*, p. 1292.

tiene la libre disposición del mismo. El dueño debe prestar su conformidad a que el bien queda afecto al cumplimiento de la nueva obligación y si este bien es ganancial (86) debe concertarse con el consentimiento del cónyuge.

Además de estas exigencias deben respetarse otras:

— En mi opinión, el título de la obligación debe contemplar la recarga de la garantía; en otro caso, es contrario a la exigencia de que las cláusulas deben ser negociadas y en los contratos se deben reflejar con concreción, claridad y sencillez sin reenvíos (art. 80 RDL 1/2007).

— El acuerdo por el que se contrae una nueva obligación garantizada debe cumplir los requisitos que se exigen al crédito garantizado con hipoteca a efectos:

* Procesales (los actos de ejecución que se solicitan tienen que ser conformes con la naturaleza y contenido del título –art. 551 LEC.

* De Mercado Hipotecario (tasación, seguro).

* Por otras normas administrativas (préstamo vivienda, consumo, al promotor...). En concreto, el crédito en cuenta corriente está sometido a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 7/1995; entre otros requisitos, debe hacerse constar en el título el procedimiento para la resolución del contrato –norma aplicable a las entidades de crédito y también a los establecimientos financieros (DF Ley 7/1995). El artículo 153-bis no fija ningún límite a la cuantía del crédito, por lo que podrán garantizarse créditos dentro del ámbito de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (inferiores al importe que marca la Ley) (87). El título ejecutivo exige una

(86) PRIGENT, St.: *op. cit.*, pp. 1279, 1280.

(87) El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds propuso una enmienda de supresión (núm. 17): “El proyecto de ley justifica la introducción de la ampliación de la figura de la hipoteca de máximo en garantía de toda clase de obligaciones presentes o futuras sin necesidad de pacto novatorio, en la aparente necesidad de «flexibilizar» el mercado. En la práctica, la extensión de la hipoteca de máximo, también conocida como «hipoteca recargable» dedicada a garantizar todo tipo de deudas personales y familiares, supondrá un fomento de endeudamiento familiar con incremento del riesgo cierto de perder la vivienda habitual. No parece razonable que la garantía hipotecaria sobre la vivienda se desplace al crédito al consumo cuando existe la experiencia de otros países, como es el caso de Estados Unidos, donde dicha figura ha disparado los problemas de morosidad y provocado quiebras de varias entidades de crédito. La posibilidad de que las entidades bancarias y de crédito puedan cubrir con garantía hipotecaria sus operaciones de crédito al consumo, incluso posteriores en el tiempo a otros acreedores, supondrá convertir a dichas entidades en unos privilegiados absolutos ante otros acreedores. De otra parte, esta figura provocará la imposibilidad de que los acreedores puedan acudir a otras entidades bancarias”.

Con el agravante que representa la modificación del artículo 10 de la Ley 2/1981. Al que se opuso la enmienda número 18, de supresión al apartado 2 del artículo 11 del Proyecto que

cantidad mínima, pero el límite de cantidad señalado en el apartado anterior podrá obtenerse mediante la adición de varios títulos ejecutivos de los previstos en dicho apartado (art. 520 LECiv).

Por tanto, no está excluido ni el crédito *revolving* al consumo (88) con riesgo para el patrimonio del deudor (89) como, sin embargo, para proteger al deudor, ocurre en el ordenamiento francés. Como medida preventiva, la Ley francesa, al regular la hipoteca en garantía de créditos sucesivos, protege al consumidor y prohíbe y sanciona que pueda constituirse la *hypothèque rechargeable* en garantía de créditos a corto plazo renovables por tácita reconducción (art. L 313-14 nouveau, *Code Consommation*) en las operaciones de crédito *revolving* a un consumidor (90).

Por lo expuesto considero que el Código Civil francés es un referente a la hora de interpretar la facultad de reutilización de la hipoteca. La solución francesa y la interpretación que de ella hace la doctrina de aquel país en defensa del propietario y del tercero se ajusta en mayor medida a las recomendaciones efectuadas (91) por los Grupos de trabajo dedica-

modifica la Ley 2/1981 para atribuir un tratamiento privilegiado a las operaciones de las entidades financieras a la hora de aplicar el artículo 71 de la Ley Concursal; fue presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, con la siguiente motivación al artículo 11, párrafo 2, del Proyecto: "Es un precepto francamente reaccionario y antisocial porque establece un privilegio injustificado que hace prácticamente imposible impugnar actos presuntamente fraudulentos, que pueden perjudicar a los demás acreedores indefensos, no bastando para evitar ese perjuicio la genérica referencia a los derechos del tercero de buena fe. No se entiende por qué las hipotecas deben de tener mejor tratamiento que otras garantías. Se rompe el principio de igualdad que preside la Ley Concursal".

(88) Obedece a la política de facilitar el acceso al crédito, y, en concreto, en interés del acreedor, al crédito territorial.

Estas facilidades que se proporcionan para el endeudamiento responden a la difundida idea de que el crédito es la columna vertebral del sistema económico. Lo que supone un riesgo que no fue inadvertido durante la elaboración de la Ley. En especial cuando el mercado del bien en garantía, y en consecuencia su valor, depende, a su vez, de la concesión del crédito. Por otra parte, y de forma especial, la facilidad del acceso puede poner en riesgo de manera innecesaria el patrimonio del deudor. En la enmienda de supresión número 17 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya advirtió del endeudamiento familiar que puede suponer con "incremento del riesgo cierto a perder la vivienda familiar", por lo que manifestó que "no parece razonable que la garantía hipotecaria sobre la vivienda se desplace al crédito al consumo".

(89) No prosperaron las dos proposiciones de ley relativas a la prevención y el tratamiento de sobreendeudamiento de los consumidores, presentadas, una en el año 2003 (VII legislatura) por el Grupo Parlamentario Socialista, y la segunda en el año 2004 (VIII legislatura) por el Grupo Parlamentario catalán Convergència i Unió.

(90) PRIGENT, Stéphane: "L'hypothèque rechargeable", *Defrénois*, número 18/07, p. 1271.

(91) La Ley no recoge las recomendaciones expuestas por varios grupos de trabajo dedicados al estudio de las garantías reales que alertan sobre los abusos a los que pueden dar lugar garantías como éstas. *Vid.* Grupo de Investigación Eurohipoteca, "Proyecto de investigación europeo Eurohipoteca: puntos para la discusión", RCDI, número 685, septiembre-octubre,

dos al estudio de los sistemas internacionales para lograr un punto de encuentro (92) con distintos propósitos (93) (dependientes de organismos o particulares, nacionales e internacionales –Unidroit, Banco Europeo, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho comercial internacional, Grupo de Investigación Eurohipoteca–...). Entre ellas, la de que en la regulación de la hipoteca independiente debe contemplarse el uso de la hipoteca y los derechos del deudor.

La Ley francesa, cuando instituye la hipoteca recargable y, con ella, mitiga las consecuencias de los principios de especialidad y accesoriedad, reafirma el derecho del dueño a reutilizar la garantía que constituyó incluso cuando el primer acreedor no esté pagado (párrafo segundo del art. 2422). Lo califica de cuestión de orden público (art. 2422 del Código Civil francés). Lo pone de relieve la doctrina a la hora de interpretar la norma (94). Una cláusula contraria a este principio, como el pacto por el que el acreedor se reserva este beneficio, se tendría por no escrita. Se considera contraria, también, a la libre concurrencia. En este sentido manifiesta Alain GOURIO: “Le créancier d’origine ne pourrait se réserver convecionnellement le bénéfice du rechargement. Une telle clause serait réputée

2004, pp. 2467 y ss.; en concreto, 2471, 2472; NASARRE AZNAR, Sergio y STÖCKER, Otmar: “Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. El ejemplo de Europa central”, RCDI, número 671, mayo-junio, 2002, pp. 915 y ss.

(92) Para lograrlo se pretende aproximar las regulaciones sobre las garantías del crédito. Se analizan, con este fin, las ventajas efectivas de los distintos sistemas que ofrece el Derecho comparado internacional: a) unos establecen reglas generales a las que deben someterse las garantías libremente constituidas a favor del acreedor, límites a la autonomía de la voluntad (art. 9 *Uniform Commercial Code* de USA); b) otros regulan varios tipos de garantía en función de intereses determinados. Los tipos de garantía no son coincidentes en los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea; LEGEAIS, D.: *Sûretés et garanties du crédit*, 6.º ed., LGDJ, Lextenso éditions, París, 2008, p. 18.

(93) Este estudio de las garantías se lleva a cabo desde distintos frentes y con diversos propósitos. Uno, que afecta al interés de los particulares, el de uniformar la regulación de las garantías de las obligaciones, y, de esta manera, facilitar las relaciones transfronterizas (dificultadas por la Ley de Residencia). Otro, de interés para las entidades financieras (en uso del reconocimiento privilegiado de emitir cédula), como es la creación de mercados hipotecarios europeos, que se ve facilitado con la confección de modelos contractuales y la regulación de la cesión tanto de los créditos hipotecarios como de los rendimientos del crédito; incluso, de garantías sin consideración a su causa, facilitadas sin las trabas que pueden derivarse de la relación entre particulares y de las diferencias entre las legislaciones. Privilegio que hace de las hipotecas un “producto” (en expresión de la Ley) que permita a las entidades obtener un rendimiento actual económico sin barreras.

En este sentido, la enmienda 48, por parte del Grupo Parlamentario catalán a la reforma del artículo 149 de la LH, hace mención a la respuesta de *Mortgage Funding Expert Group* (MEFG), de la Comisión Europea y de la Federación Hipotecaria Europea a la Comisión: “Es importante que las hipotecas y las carteras de préstamos hipotecarios puedan transferirse de un prestamista a otro dentro de la UE sin necesidad de registrar un nuevo préstamo o una nueva hipoteca y de obtener el consentimiento del consumidor”.

(94) Por todos, CUIF, Pierre-Francois: *op. cit.*, “Le caractère hybride...”, p. 29.

non écrite... Cette règle vise à assurer le libre jeu de la concurrence, et se révèle d'autant plus nécessaire que, rappelons-le, l'hypothèque peut être inscrite pour 50 ans" (95) –la misma reforma introdujo un plazo máximo de duración para toda hipoteca voluntaria.

5. La reutilización de la garantía y su recarga. Derecho del propietario versus facultad del acreedor

En nuestro ordenamiento pueden hacerse valer los mismos principios que para el Derecho francés defiende GOURIO. Interpretada la reutilización de la garantía real con arreglo a ellos, las normas en las que se admite (art. 4 de la Ley 2/1994 y nuevo art. 153-bis de la LH) son un medio del que puede servirse el propietario para obtener un aprovechamiento del valor del bien. Es el propietario quien puede disponer de la cosa hipotecada, de su valor y del derecho que constituyó a su costa.

Esta interpretación brinda una mayor utilidad práctica. Sirve para articular de forma flexible la composición de la garantía a favor de los posibles acreedores que puedan ir surgiendo con interés en un mismo bien. Por ejemplo (si no rigiese la limitación de acreedores), valdría para garantizar la posición del permutante, acreedor actual, y la persona, entidad o entidades que puedan llegar a financiar la construcción (a falta del reconocimiento decidido en nuestro Derecho de un privilegio especial a favor del derecho del que transmite a título oneroso sin haber recibido la contraprestación).

Por el contrario, algunos autores, como vimos, interpretan la reutilización para la recarga en el supuesto del artículo 153-bis como un beneficio a favor de un único acreedor-entidad-financiera, una garantía anticipada de los posibles créditos que el deudor pueda llegar a contraer en el futuro (96) que le reporta la facultad de escoger el que ejecuta y el momento en que lo hace. Créditos garantizables que pueden ser futuros en todos los sentidos porque no se sabe si van a llegar a nacer ni cuál pueda ser su contenido económico (97) y, según defienden, su existencia no tendrá reflejo en el Registro de la Propiedad.

(95) GOURIO, Alain: *op. cit.*, p. 41.

(96) Antes de la reforma, entre otros, REY PORTOLÉS, M.: "Hipoteca con cláusula de *endowment*. Hipoteca flotante", *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, CER, Madrid, 1995. CORDERO LOBATO, E.: *op. cit.*, *La hipoteca global*... Después de la reforma, CARRASCO PERERA, Ángel, y CORDERO LOBATO, Encarna: *op. cit.*, "El doble filo..."; FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, Ínigo: "La hipoteca global", en *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, pp. 235, 248.

(97) FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, Ínigo: *op. cit.*, "La hipoteca global", p. 207.

En base a las calificaciones de “global” y “flotante”, se afirma que este artículo regula una garantía por la que un acreedor (o quien todavía no lo es si los créditos todavía no se contrajeron) obtiene a su favor esta hipoteca para asegurar todas aquellas obligaciones que el dueño del bien llegue a concertar con él manteniendo la garantía por un determinado tiempo a su favor, aunque no exista obligación actual, siendo muy difícil la cancelación, ya que el deudor tendrá que probar que no van a nacer más obligaciones (98), porque al ser “global” y “flotante” algún día al dueño del bien se le puede ocurrir volver a contratar con la acreedora entidad financiera y, por el hecho de tener ya la garantía constituida a su favor, se animará a contratar con este acreedor-entidad-financiera.

Cualquier crédito, ya que no se reconoce límite a las obligaciones que pueden garantizarse con esta hipoteca; podrán estar bajo esta cobertura los créditos de escaso importe, dentro del ámbito de la Ley 7/1995, de 23 de marzo (99).

Incluso se plantea que queden cubiertas aquéllas a favor de terceros que sean satisfechas por el acreedor por cuenta del deudor (100) [sin embargo, el art. 1209 del Código Civil establece que la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código. En los demás será preciso establecerla con claridad para que produzca efecto; será necesario el consentimiento del deudor (art. 1210)].

Si se interpreta de esta forma, este producto presentaría una doble faz: por el acuerdo de un acreedor y un deudor o por decisión unilateral del acreedor se podrían servir de la garantía terceros en perjuicio de otros acreedores.

Se apunta, por otra parte, que el acreedor podrá llegar a obtener rendimiento actual de la hipoteca sin el crédito (101).

Por lo que, según la interpretación del artículo 153-bis de la LH, a la luz del concepto doctrinal de la hipoteca-global-flotante, el deudor, ade-

(98) CORDERO LOBATO, E.: *op. cit.*, *La hipoteca global...*, capítulo 4. Después de la reforma, CARRASCO PERERA, Ángel, y CORDERO LOBATO, Encarna: *op. cit.*, “El doble filo de la hipoteca global...”.

(99) El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds propuso una enmienda de supresión (núm. 17). *Vid.* nota 87.

(100) “Créditos que nacieron, por ejemplo, en cabeza de tercero no garantizados, entran a formar parte de la cesta de cobertura, si son luego cedidos al acreedor que disfruta de la cobertura hipotecaria”, CARRASCO PERERA, Ángel, y CORDERO LOBATO, Encarna: *op. cit.*, p. 3.

(101) En este sentido, CARRASCO PERERA, Ángel, y CORDERO LOBATO, Encarna, citan la DF 1.ª de la Ley 41/2007; *op. cit.*, p. 6.

La enmienda 48, por parte del Grupo Parlamentario catalán a la reforma del artículo 149 de la LH, hace mención a la respuesta de *Mortgage Funding Expert Group* (MEFG) de la Comisión Europea y de la Federación Hipotecaria Europea a la Comisión.

más de constituir una garantía por el crédito (si existe alguno actual) atribuye a la entidad financiera una facultad y reserva (incluso sin contrapartida).

Se habla, en un sistema de avance de puesto, de reserva de rango (102), sin que se exija la determinación del alcance del derecho y sin dejar de reconocer a la cobertura fuerza expansiva.

El acreedor así favorecido no tendrá que negociar la adquisición de rango con los acreedores intermedios y podrá hacer uso de la hipoteca inicialmente en garantía de un crédito total o parcialmente amortizado o de la hipoteca constituida con ese fin, para créditos sucesivos posteriores, sin límite de cuantía alguna real de las sucesivas recargas, con la posibilidad de convertir en preferente lo que, de otro modo, no podría serlo sin consentimiento de los demás acreedores (que pueden ser otras entidades financieras).

De acuerdo con esta teoría, el propietario del bien tampoco sabe qué carga económica pesa realmente sobre el bien que le pertenece hasta que el acreedor lo decida. Ya que al privilegio de avance y recarga se le añade la facultad arbitraria por la que, según el concepto doctrinal de hipoteca global-flotante, el acreedor-entidad-financiera (especie diferente de acreedor) se favorece de la existencia de una reserva clandestina hasta el momento de la ejecución en el que decide cuál de los créditos de la “cesta” ejecuta. Con esta interpretación todos los contratos que el dueño llegue a celebrar sobre esta cosa estarían pendientes de la actuación del acreedor. Así concebido, este nuevo tipo de hipoteca es una “bomba trampa”.

De esta manera se reconoce a favor de estas entidades la facultad de frustrar lo pactado entre éstos y el dueño del bien.

Pero, ¿dónde regula todo esto la Ley? El carácter flotante de la hipoteca, carácter que este sector de la doctrina predica como lo sustancial en el nuevo tipo de garantía (103), no está reconocido en ella, cuando, de ser

(102) Vid. PAZ-ARES, Ignacio: “El título del crédito hipotecario: inscripción y ejecución”, p. 188. TENA ARREGUI, Rodrigo: “Hacia un nuevo Derecho Hipotecario”, p. 38. Todos en *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*. CARRASCO PERERA, Ángel, y CORDERO LOBATO, Encarna, hablan de “pura adquisición de rango”, *op. cit.*, p. 3.

(103) “Todo parece indicar que el elemento distintivo de este tipo hipotecario viene constituido por la *facultas electionis* de que goza el acreedor hipotecario, que podrá elegir, dentro del ámbito de obligaciones que caen bajo el ámbito posible de cobertura hipotecaria, las que van a ser finalmente beneficiarias del valor de los bienes hipotecados dentro del margen de responsabilidad convenida. En este tipo de garantías es donde más se minimiza el dogma de la accesoriedad, pues la hipoteca no se conecta definitivamente, mejor dicho, no tiene por qué conectarse, con la obligación u obligaciones beneficiarias de la responsabilidad hipotecaria, y que por tanto van a consumirla, hasta el tiempo de la ejecución. La flotabilidad, y por ello la falta de especificación, juega hasta el último momento”, PAZ-ARES, Ignacio: *op. cit.*, “El título del crédito hipotecario...”, nota 21, p. 177.

ésta la nota característica y esencial de la novedad, merecería, al menos, una mínima alusión.

Quienes defienden esta interpretación no la fundan en los términos de la norma, ni tampoco alegan una obligación patrimonial por parte del acreedor que compense la restricción de libertad de actuación del propietario del bien dado en garantía.

Los comentaristas partidarios de la hipoteca global y flotante en el artículo 153-bis no creen necesario, para que sea oponible la facultad que pretenden en el acreedor, el reutilizar la garantía durante un plazo, justificarla en un interés económico real (cualquiera que sea, a la manera de la "*security interest*", "*purchase money interest*").

Se defiende este concepto de hipoteca-global-flotante en base a la creencia de que la entidad financiera se animará a conceder crédito más fácilmente con la atribución de derechos (argumento de menor peso –si cabe– por lo que se refiere a las Administraciones públicas tributarias y de la Seguridad Social, otra clase de acreedores favorecidos por el reconocimiento legal de las nuevas modalidades hipotecarias).

Pero esta creencia no es válida cuando los mismos que alientan este concepto de hipoteca defienden que la entidad no tiene obligación de conceder crédito (104).

Por otra parte, la mera esperanza de obtener crédito no es la prestación a cambio en una relación jurídica.

Nos unimos a quienes ven en el reconocimiento a favor del acreedor de la facultad de reutilizar la hipoteca para su recarga, la posibilidad de que las entidades financieras exijan una condición más (105) sin necesidad de que se justifique un interés distinto al de captación de clientes (106) y de reservas de valor, yendo, con esta interpretación, más lejos en las consecuencias desproporcionadamente ventajosas a favor del acreedor-entidad-financiera de las que se adivinan en las minutas elaboradas por sus asesorías jurídicas.

Las mayores concesiones a favor del acreedor no aseguran, en nuestra opinión, la obtención de financiación en las condiciones más favorables, como sin embargo se manifiesta (107), ya que, al restringir la competen-

(104) "De hecho es (casi) de esencia de la hipoteca del 153-bis que el acreedor no se comprometa a conceder crédito futuro", CARRASCO PERERA, Ángel, y CORDERO LOBATO, Encarna: *op. cit.*, "El doble filo...".

(105) Dando por hecho que deben aceptarse las sobregarantías, FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, Íñigo: *op. cit.*, p. 234.

(106) FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS alega la continuidad de las relaciones con una misma entidad, gracias a esta hipoteca, una garantía de una relación prolongada en el tiempo; *op. cit.*, pp. 215, 216, 217, 218.

(107) FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS: *op. cit.*, pp. 227, 232.

cia se elimina la garantía de la reducción del riesgo de tasas de interés altas y prestaciones abusivas por entidades en régimen de oligopolio.

Por estas razones no encuentro en la norma algo que haga necesario, conveniente o justificado, el derecho a favor de una entidad financiera a mantener la hipoteca durante un plazo sin crédito en previsión de alguno futuro y, por tanto, sin que exista una contraprestación ni interés actual digno de protección que haga oponible la garantía. Tampoco reconoce la norma el arbitrio del acreedor a escoger en su momento el crédito por el que decida ejecutar la garantía.

Si el propietario carece de esta facultad, de acuerdo con nuestro sistema, es difícil que la puede transmitir a otro.

No parece admisible el pacto por el que se establezca una previsión similar con amparo en la letra del artículo 153-bis de la LH.

Tal pacto, en especial si se produce sin obligación por parte de la acreedora de conceder crédito a lo largo de estos veinte años, es una cesión de una facultad sin correlativo, por tanto gratuita y revocable, por la propia naturaleza del negocio, exista, o no plazo de veinte años o menor. Por lo que creo posible el desistimiento unilateral en cuanto al carácter recargable *naturale negotii*. Elemento que no tiene que ver, necesariamente, con el plazo (108). Las relaciones, aún con plazo, pueden concluir por voluntad unilateral cuando no existe ninguna razón ni causa que las justifique.

Esta solución es más conforme con nuestro ordenamiento, en el que está prohibida la imposición de un plazo de duración excesiva o las limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato (109).

En esta misma relación de garantía, la alteración del plazo se interpreta de forma flexible cuando de lo que se trata es de ampliar los supuestos legales de vencimiento anticipado del término por parte del acreedor.

La Exposición de Motivos de la Ley 7/1995 recoge este principio (in-

(108) Sin embargo, la interpretación del plazo de acuerdo con la teoría de la hipoteca global-flotante por CARRASCO PERERA, Ángel, y CORDERO LOBATO, Encarna: *op. cit.*, "El doble filo...", pp. 3 y 4.

(109) El RDL 1/2007 recoge el contenido de la Ley 44/2006, que dio cumplimiento a la Directiva 2005/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, para prohibir las cláusulas contractuales que establezcan estas limitaciones y, en particular, la imposición de plazos de duración excesiva o las limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato. En la contratación con consumidores debe constar de forma inequívoca su voluntad de contratar o, en su caso, de poner fin al contrato. El consumidor podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o cargas onerosas o desproporcionadas, tales como la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

cluso con causa onerosa –la adquisición que se financia–) cuando dice: “Por lo que se refiere a los contratos celebrados por los consumidores en los que se establezca expresamente su vinculación a la obtención de un crédito de financiación, se dispone que la falta de obtención del crédito producirá la ineficacia del contrato, dejando a salvo los derechos ejercitables por el consumidor”.

La justificación doctrinal del concepto de hipoteca global y flotante no es correlativo necesario de la facultad a reutilizar la garantía. Ésta no necesita formar parte de un todo del que el otro elemento deba ser la reserva, sin causa, del rango del bien a favor de un acreedor, ya que de esta manera se frustra el aprovechamiento de su valor por el dueño. Ni el nuevo artículo 153-bis de la LH lo impone, ni lo prevé y, como veremos, existen normas que impiden que se puede pactar.

La ventaja de reutilizar la garantía no la obtiene el dueño a cambio, porque ya pertenece al propietario la facultad de aprovecharse del valor económico de la finca que le pertenece y que podrá comprometer con el acreedor que tenga a bien, el mismo o diferente.

La interpretación del nuevo artículo 153-bis, con arreglo al concepto doctrinal de la hipoteca-global-flotante, presupone que la norma responde a una necesaria conexión entre los créditos presentes o futuros garantizables en consideración a la persona del acreedor. Conexión que hoy por hoy, sin embargo, la Ley no exige, a diferencia de lo que sucede en el caso de la prenda global (art. 13 de la Ley catalana de 5 de julio de 2002) como consecuencia de la propia naturaleza de la prenda (por lo que los límites a la prenda global son otros).

Aun de haberse pretendido tanto a favor del acreedor-entidad-financiera, esto no sería posible sin modificar otras normas y alterar principios del ordenamiento. El artículo 153-bis LH no brinda fundamento a una facultad tan excepcional en el acreedor como la que los defensores de la hipoteca global sostienen en defensa de la “flotabilidad” de la garantía sobre los créditos que, incluso sin determinar económicamente, se lleguen a contraer [utilizando la expresión para éstos, y no para los bienes, de acuerdo con el uso común del término (110) cuando se trata de las garantías], ni a la facultad que, al mismo tiempo, se pretende en el acreedor (incluso hipotético, es decir, el que todavía no lo es) de decidir por sí solo

(110) Nombre atribuido a la garantía sobre bienes que se pueden reemplazar por otros. El artículo 9 del *Uniform Commercial Code* americano admite que la *security interest* pueda recaer sobre bienes futuros (*floating charge*) y no sobre un bien fijo, característica de las garantías que recaen sobre muebles que se renuevan, que se traslada a la regulación común a muebles e inmuebles, y efecto que se produce en caso de subrogación real (precio de venta, transformación del bien, indemnización...), supuestos, algunos de ellos, posibles en nuestro ordenamiento por Ley (arts. 107,7.º, 109, 110 LH) o por pacto.

la afección privilegiada de un bien a los créditos a su favor que pueda llegar a contraer el dueño del bien, incluso sin que, a su vez, el acreedor esté obligado a conceder crédito (111). Ya que la condición de profesional del crédito de las entidades financieras no asegura la existencia, presente ni probable, de la relación obligatoria, como también se reconoce.

El que así se describe es un supuesto de hecho distinto al de la hipoteca en garantía de obligaciones previsibles, ya que pueden estar originadas por las relaciones existentes al tiempo de constituir la garantía (art. 2852 del *Codice* italiano: “crediti che possano eventualmente nascere in dipendenza di un rapporto già esistente”). Por ejemplo, las nacidas de contratos preliminares, o por los efectos que pueden seguirse del ya celebrado como garantía del pago de remesas periódicas, vicios de la cosa; por evicción, las derivadas del contrato de arrendamiento, tutela, adopción...

Hipoteca, esta última, admitida antes de la Ley, y que se puede tener por vigente a favor de todo acreedor sin necesidad de que sea acreedor-entidad-financiera. La garantía se mantiene en consideración a la existencia actual de una relación que genera obligaciones y no supone la utilización al arbitrio del acreedor.

De una y otra de estas dos interpretaciones (reutilización por el dueño del bien de la parte libre de su garantía *versus* facultad que se atribuye a una entidad financiera en consideración a créditos futuros sin necesidad, incluso, de que sea titular de ninguno actual) se derivan consecuencias distintas a lo largo de la vida de la hipoteca y en el momento de la ejecución por uno de los créditos o a la hora de decidir quién puede cancelar la hipoteca.

Durante la vida de la hipoteca, porque la reutilización como facultad de dueño favorece también a los ulteriores acreedores, ya que pueden ir adquiriendo el mismo rango en la garantía que corresponde a los acreedores iniciales (con las ventajas que se le lleguen a atribuir), lo que es más favorable para ellos que una segunda garantía (de interés cuando son varios y de forma sucesiva quienes financian).

Esta interpretación facilita al deudor el pago por un tercero con subrogación en la carga. El prestatario-propietario puede fácilmente cambiar de banco con el resultado de una subrogación (*mutatis mutandis*) “*ex parte debitoris*” (112) en los beneficios de la carga, que es independiente del crédito.

Por lo que puede dejar de tener interés práctico la subrogación tal y como la regula la Ley 2/1994, contrato hipotecario que modifica (y enturbia) esta misma Ley 41/2007.

(111) También en este sentido FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS: *op. cit.*, pp. 232, 233.

(112) THÉRY, Ph.: “Le renouveau de l’hypothèque”, *Revue Droit & Patrimoine*, p. 1.

Cuando un acreedor paga a otro la deuda de un tercero puede adquirir la posición que el acreedor tenía en esta hipoteca (ya que en garantía de acreedores distintos se dará entre ellos la preferencia de las cargas reales, por lo que no pierde necesariamente su razón de ser la presunción legal del art. 1210) y, a su vez, el deudor, ofrecer la hipoteca ya constituida libre de contenido económico, ya que no se extingue por el pago. La existencia del 153-bis, así interpretado, permite la adquisición del puesto en la garantía respecto de un crédito sin necesidad de que se produzca el pago y purga de todos los créditos de un mismo acreedor.

La interpretación de la reutilización como facultad del dueño del bien permite que, aunque exista un limitado círculo de acreedores, no mermen las facilidades para cumplir la obligación que la Ley reconoce a un deudor. El obstáculo que esta restricción puede representar se salva con la pérdida del derecho a reutilizar la garantía por parte del dueño desde que interviene en la relación un acreedor que no reúna la condición de entidad financiera.

La reutilización de la garantía para su recarga ofrece muchas posibilidades como facultad del dueño del bien. Mientras que como facultad del acreedor confunde consecuencias y provoca recelo. De ser interpretado el artículo 153-bis de esta última forma (conforme al concepto doctrinal de la hipoteca global-flotante), se abre la cuestión:

— Sobre todo aquello que la nueva norma ni altera ni regula. En especial sobre cuál es la eficacia de esta hipoteca durante el período de seguridad frente a terceros y la de los actos del dueño en este mismo período. No va a ser posible evitar la relevancia que, a no pocos efectos (por ejemplo, arts. 107, 110, 112, 115, 117 LH...), va a tener el momento de nacimiento de la obligación garantizada (113), aun en el supuesto del artículo 4 de la Ley 2/1994, que proclama la no alteración o pérdida de rango desde la fecha de la inscripción.

Por seguir con el ejemplo ya expuesto antes, habrá que preguntarse si es posible el carácter negociable del rango de la hipoteca susceptible de ser recargada. Si cabe la posposición de la garantía constituida a favor del transmitente que no cobró su precio a la futura hipoteca a favor de la en-

(113) La modalidad de hipoteca en garantía de obligaciones futuras no está sujeta a las mismas normas a las que están sometidas las demás. Cuando el crédito no es actual, no tiene razón de ser que se entregue al acreedor la indemnización por la compañía aseguradora o por la Administración expropiante el precio de la expropiación (art. 110 de la LH); ni tampoco el ejercicio de la acción de devastación (art. 117 de la LH), ni solicitar la ampliación de responsabilidad por intereses (art. 115 LH); o que deba prestar el acreedor consentimiento a los cambios en la cosa. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario*, tomo IV, 1.º, pp. 233, 234, 235.

tividad que llegue a financiar la adquisición, ya que desde que la hipoteca constituida después de la entrada en vigor de la Ley a favor de una entidad financiera es potencialmente recargable (aunque no se anuncie en su constitución, como consecuencia de lo dispuesto en el art. 4 de la Ley 2/1994 y lo previsto en el párrafo tercero de la disposición transitoria única de la Ley 41/2007), el acreedor está pospuesto a una carga que no garantiza una deuda, sino todas las que quieran deudor y acreedor referidas a la fecha de la hipoteca (más discutible es que por ello tengan preferencia) en un plazo si es ésta la interpretación que prospera.

— Sobre la interpretación coherente de las normas que pueden dar lugar a recarga con amparo legal desde la entrada en vigor de la Ley 41/2007.

El plazo, como queda expuesto, es un requisito que por el común efecto de recarga lo referimos a las dos normas, también en el caso del artículo 4 de la Ley 2/1994. Es la interpretación que estimamos más coherente interpretados los artículos 4 de la Ley 2/1994 y 153-bis de la LH en consideración a su común efecto. Ya que toda ampliación del plazo en una hipoteca a favor de una entidad financiera susceptible de recarga es una potencial ampliación de capital: a mayor plazo, mayor posibilidad de ir amortizando créditos sucesivos.

— Sobre el desenvolvimiento de la iniciativa en la recarga. El artículo 4 de la Ley 2/1994 exige el acuerdo del deudor y el acreedor para afectar el bien al nuevo crédito con la misma garantía. Y el artículo 153-bis de la LH no consagra como facultad del acreedor la reutilización de la garantía para su recarga. Ni esta facultad puede deducirse de las normas introducidas por la Ley 41/2007 sin excepcionar otras.

Tampoco el artículo 153-bis de la LH justifica la carga oculta (114). El sistema da derecho al excedente y al avance de puesto por parte de los titulares de cargas posteriores que tienen derecho a conocer el límite que pueden alcanzar las sucesivas recargas.

— Sobre la relevancia jurídica que puede atribuirse a la cifra de responsabilidad.

Si bien la Ley 41/2007 presta atención especial a la publicidad en el Registro de la cifra de responsabilidad, ésta no representa ningún límite al importe acumulado de las sucesivas recargas, ni, por tanto, informa del límite a las facultades que, según los defensores de la hipoteca global-flotante, corresponden al acreedor. Tampoco la publicidad de esta cifra

(114) Así desde la antigüedad, ROBLES VELASCO, Luis Mariano: *op. cit.*, “Sobre el origen de la pluralidad hipotecaria...”, RCDI, número 640, p. 795.

representa una garantía a la agresión que pueden llegar a sufrir con la recarga potencial los titulares de derechos posteriores, ya que con ella pierden el derecho a mejorar de puesto.

— Sobre la eficacia del puesto vacío. Hay propiedad libre cuando no hay derecho en el que se sustente la carga. La reutilización de la garantía por parte del dueño del bien no es necesariamente un puesto vacío oponible a acreedores garantizados posteriores que tienen derecho a avanzar su puesto. En el mismo sentido se manifiesta la doctrina francesa. Señala GRIMALDI que la hipoteca recargable no permite al que la constituye reservarse para sí mismo el valor del inmueble (115).

Lo que no impide que el legislador francés confirme la reutilización de la garantía como una facultad del dueño del bien. Al fin y al cabo no es más que una manera simplificada de ofrecer una garantía ya constituida.

Como afirmamos, si se niega al propietario que pueda hacer uso del puesto vacío, no puede reconocerse en quien trae causa de él. No parece razonable negar esta reserva en el dueño y pretender su reconocimiento, incluso, en quien ni siquiera es acreedor porque no tiene crédito a su favor (116).

Resumen: La nueva norma no proporciona ninguna razón que justifique la reutilización de la garantía por el acreedor, ni la “flotabilidad”, de manera que quede a su arbitrio la fijación del crédito ejecutable.

Mientras que la solución contraria (la reutilización es un derecho del dueño del bien) puede deducirse de las normas generales que exigen que la afección se haga por quien tenga la libre disposición del bien dado en garantía y de las demás normas propias de las garantías reales, incluido el principio *prior tempore potior iure*. En el uso de la garantía podrá convenirse también, sin lesión de tercero, una solución distinta, por ejemplo, rotativa o ir pasando de un crédito a otro a medida que se cumplen ciertos requisitos de tiempo u otras condiciones (como, por ejemplo, el privilegio del crédito salarial –art. 32 del Estatuto de los Trabajadores).

En nuestra opinión, de los dos supuestos de recarga introducidos por la Ley 41/2007, el regulado en el artículo 153-bis de la LH es el que puede dar cabida a una hipoteca con el carácter de recargable desde su constitución y el que, como vimos, presenta similitudes con la regulación que hace la Ley francesa de la *hypothèque rechargeable*, en especial si se tiene presente que en esta última, de acuerdo con la interpretación de la doc-

(115) GRIMALDI, M.: *op. cit.*, p. 1.

(116) Cuando la relación es meramente proyectada, FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, I.: *op. cit.*, p. 229.

trina de aquel país, el importe del crédito inicial no tiene que coincidir con el importe de la cifra de responsabilidad hipotecaria (117).

La reutilización permite al dueño aprovechar la misma hipoteca a favor de acreedores distintos, de momento, dentro del limitado círculo privilegiado por esta Ley, ya que no hay razón legal (art. 153-bis) para exigir la unicidad de la relación garantizada por razón del acreedor desde que la Ley permite que se garanticen relaciones diversas con una misma hipoteca.

Considero que son inconvenientes a la interpretación de la facultad de reutilización de la garantía como una facultad del acreedor y argumentos a favor del reconocimiento de la facultad de recarga en el dueño de la cosa dada en garantía los siguientes:

— A diferencia del aval genérico y global (por ejemplo, el aval y seguro de caución global previsto en el art. 86 por remisión al art. 86 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público), que sirve para no mermar de valor el patrimonio, la hipoteca disminuye el valor del patrimonio del deudor. Por lo que esta facultad de reutilizar el valor de la cosa afectando de nuevo el bien sólo puede ser de quien tenga la libre disposición de la misma. Resulta de las reglas generales aunque la Ley no haga expresa referencia a ello en el artículo 153-bis de la LH. Por el contrario, sí resulta excepcional el que se pretenda su reconocimiento a favor del acreedor, por lo que en este caso sí sería necesario que la Ley hiciese expresa referencia a ello.

— El legislador francés, cuando instituye la hipoteca en garantía de varios créditos, excepciona la regla de accesoriedad, no niega la facultad del dueño de utilizar el valor del bien y le permite que pueda garantizar créditos simultáneos o sucesivos de acreedores distintos al inicial. Porque, como dice el profesor GRIMALDI (quien participó de forma directa en la reforma), “Il s’agit d’éviter que l’emprunteur ne soit «prisonnier» de son banquier et que ne soit entravée la libre concurrence entre les banques” (118). De esta forma (continúa el citado profesor) se asegura la libertad del deudor de escoger a su nuevo proveedor del crédito conforme a la

(117) GRIMALDI, M.: *op. cit.*, p. 2. SAVOURÉ, D.: *op. cit.*, p. 2. GOURIO sostiene que “la lettre des dispositions du Code civil ne comporte pas... d’interdiction de stipuler un montant de l’hypothèque supérieur à celui de la créance garantie”; GOURIO, A.: *op. cit.*, “L’hypothèque rechargeable”, p. 40. CERLES, en los mismos términos, “l’hypothèque peut être constituée à l’origine pour un montant supérieur à celui du crédit consenti... dans ce cas, les deux montants devront être mentionnés dans le bordereau d’inscription”; CERLES, A.: *op. cit.*, p. 101. THÉRY, Ph.: *op. cit.*, p. 4. PRIGENT, St.: “L’hypothèque rechargeable”, *Deffrénois*, número 18/07, p. 1273.

(118) GRIMALDI, M.: *op. cit.*, p. 2.

libre concurrencia entre ellos. Considera que el pacto por el que la hipoteca sólo puede estar constituida en beneficio del acreedor, según el cual la hipoteca no puede estar recargada sino en garantía de un crédito que deberá solicitarse dirigiéndose a este acreedor, no sólo son nulas, sino deben tenerse por no escritas (119).

Pueden invocarse estas mismas razones en España [que no fueron desconocidas antes de la aprobación de la Ley (120)], ya que el pacto por el que el dueño del bien cede a su acreedor, además de la garantía de un crédito, una facultad adicional que consista en la afección futura de esta garantía a cualquiera de los créditos que lleguen a concertarse con la misma persona acreedora a elección de ésta, encaja en las notas tipificadoras de cláusula abusiva, de acuerdo con el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aplicable a las entidades financieras [todo empresario público o privado –art. 4 del RDL 1/2007 (121)–]. Según el artículo 88 del RDL 1/2007, en todo caso se considerarán abusivas las cláusulas que supongan: 1) La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica. Esta facultad que se pretende en el acreedor, haciendo uso del concepto de la hipoteca global-flotante, no se ajusta a la normativa específica. La Ley 41/2007 no fue tan lejos en la protección de las pretensiones de las entidades financieras. Por lo que, de pactarse, no puede ser interpretada como una excepción a las cláusulas abusivas sobre garantías, ya que no está recogida de forma explícita en el artículo 153-bis de la LH, ni tampoco lo está de forma implícita (la norma puede ser objeto de aplicación sin necesidad de ver en ella este concepto doctrinal de hipoteca-global-flotante). El pacto que la recoja resulta abusivo, además, por otras razones: ya que con carácter general esta interpretación del artículo 153-bis de la LH, con arreglo a este concepto doctrinal, origina un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (art. 82) y vinculan a éste a la voluntad del empresario acreedor (art. 84). Por esta facultad quiebra la reciprocidad en las prestaciones (art. 87 del RDL 1/2007) y se limitan los derechos básicos del consumidor y usuario, así como la facultad de resolver el contrato por incumpli-

(119) GRIMALDI, M.: *op. cit.*, p. 4.

(120) CORDERO LOBATO, Encarna: *La hipoteca global (La determinabilidad del crédito garantizado)*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997.

(121) La STJCE de 9 de septiembre de 2004 ya declaró aplicable la Directiva 93/13/CEE del Consejo a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor.

miento del empresario, en especial si, constituida la hipoteca, no concede crédito (art. 86.5, 7). Es abusiva también la cláusula en la que, como consecuencia de la facultad de elección que se pretende a favor del acreedor, se pacte la innecesariedad del consentimiento expreso del deudor a la posterior afección del bien al crédito futuro, ya que este pacto implica una adhesión a un efecto sin conocimiento del contenido económico real y de sus consecuencias en el patrimonio del deudor en el momento en el que se presta el consentimiento.

La facultad de reutilización y recarga para los supuestos de créditos totalmente futuros es una sobregarantía innecesaria. No cabe manifestar en contra que, de otra forma, el deudor se ve obligado a constituir tantas veces la garantía como créditos llegue a contraer, ya que la reutilización de una misma garantía por el dueño del bien puede llevarse a cabo sin necesidad de que deba reconocerse a favor del acreedor la reutilización de la garantía constituida por otro.

— También la indeterminación del contenido económico real durante la vigencia de la garantía presenta inconvenientes:

Para conocer el valor económico del bien es relevante que se tenga constancia de la existencia de la carga económica real. De ahí el interés en que el Registro de la Propiedad informe de la existencia del crédito, siendo irrelevante que lo haga de la identidad del acreedor (122) (por lo que no es constitutiva la constancia registral de la cesión del crédito).

— No faltan otros inconvenientes a la validez del pacto de hipoteca global-flotante a favor del acreedor-entidad-financiera, como el que representan los principios plasmados en diferentes normas.

Las normas civiles y mercantiles impiden las restricciones injustificadas al aprovechamiento económico del bien a quien es su titular. Lo que sucede cuando se reconoce en el acreedor inicial el derecho a agotar para sí el importe de la cifra de responsabilidad. El artículo 107 lo prohíbe cuando proclama que (123): Podrán también hipotecarse: 3.º Los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar (LH).

Esta norma es compartida por otras legislaciones (por ejemplo, art. 812 del Código suizo; parágrafo 1136 BGB). La sanción es la nulidad y, en

(122) *Vid.*, en Derecho francés, THÉRY, Ph.: “Le renouveau de l’hypothèque. L’hypothèque rechargeable”, *Revue Droit & Patrimoine*, p. 8.

(123) Ni siquiera cuando la cosa gravada está sujeta a una prohibición de disponer como consecuencia de haber obtenido un préstamo cualificado impide la inscripción de una ulterior hipoteca al no haberse devuelto los subsidios y subvenciones recibidos (RDGRN 26 de febrero de 2008).

consecuencia, sin posibilidad de exigir indemnización por daños, ni el cumplimiento de ninguna pena convencional.

— La posibilidad de recarga de las hipotecas a favor de las entidades financieras revivirá la discusión sobre la validez de la cláusula por la que el acreedor pueda reservarse el derecho de declarar vencido el crédito en el caso de que la garantía se ofrezca a otro acreedor distinto.

Así interpretado el nuevo tipo hipotecario a favor del acreedor-entidad-financiera haría innecesaria una cláusula "*pari passu*" si se utiliza para impedir los efectos del sistema y el avance de puesto en beneficio de un acreedor.

— El convenio que confiera al acreedor la facultad de afectar un bien durante un período de tiempo a los créditos que pueda llegar a tener a su favor es contrario a las consideraciones que merecen, en nuestro Derecho y en Derecho internacional, las cláusulas negativas (aquellas que impiden hacer). En especial (124), las que no hacen posible la actuación de otros concurrentes en el mercado con la misma actividad, las que constituyan restricciones importantes a la actividad del deudor, limitan de forma excesiva su libertad económica (art. 27 del ZGB) o hacen más difícil el acceso a la financiación (125).

Estas normas y principios no encuentran excepción en los términos del artículo 153-bis de la LH, que no exige como dato para identificar los créditos que se determine la concreta entidad financiera con la que van a concertarse en el futuro. Por el contrario, el párrafo primero del artículo, cuando reconoce la garantía de varios créditos sin conexión causal entre sí, se refiere en plural a las entidades financieras y permite que la hipoteca de cobertura a obligaciones diversas, sin que de sus términos sea necesario deducir que entre estas deudas deban existir puntos de conexión; tampoco en consideración a la persona del acreedor.

Todo ello hace difícil que la hipoteca que regula el artículo 153-bis de la LH pueda ser interpretada como una garantía que "permite al acreedor un alto grado de discrecionalidad en la composición de la cobertura" (126).

(124) BALMER, Eric: *Les clauses négatives dans les crédits bancaires*, Schulthess Médias Juridiques, Zurich, 2004, pp. 116, 117.

(125) No se admite la exclusividad contractual impuesta (USA: "Clayton Act") y la utilización por parte del acreedor que ostente una posición dominante de cláusulas con las que se complique o haga más difícil el acceso a la financiación por parte del deudor (en Derecho Americano -section 2 "Sherman Act" de 1890, art. 7 Ley Federal de 6 de octubre de 1986 sobre restricciones a la concurrencia).

(126) CARRASCO PERERA, Ángel, y CORDERO LOBATO, Encarna: "El doble filo de la hipoteca global: *caveat creditor!*", *La Ley*, número 6988, 2008, p. 3.

Con la interpretación del artículo 153-bis de la LH como una facultad del dueño, no pierde sentido la invocación de la normativa de supervisión y control de las entidades financieras como fundamento a la limitación de acreedores. El motivo carece de significado interpretado como facultad del acreedor, ya que esta normativa no permite una facultad que suponga una privación efectiva de la libertad de actuación económica del dueño sobre el bien e impida la libre competencia entre las distintas entidades financieras.

Pero interpretada la nueva hipoteca como un medio por el que el dueño puede servirse de su cosa, la normativa de supervisión y control a la que están sometidas las entidades, común a todas ellas en muchos aspectos, representa una garantía, ya que aminora el riesgo de conflicto para todos los que puedan verse implicados en la relación de garantía compartida. Al menos, en tanto no se regule esta posibilidad de reutilizar la garantía con más detalle.

— Con esta interpretación que definiendo se facilita la comprensión de la facultad de recarga como algo independiente de una concreta relación del crédito. Esta facultad forma parte de las del dueño y está sujeta a las normas dictadas en defensa de los derechos de tercero frente a los actos del propietario del bien dado en garantía.

El dueño debe tener la libre disposición del bien en el momento en el que se produce la afección a un contenido económico. En otro caso podrá defenderse que el gravamen sobre cosa ajena es nulo. Es la existencia del crédito lo que disminuye el valor del bien, el verdadero gravamen, por lo que no se considera la afección de la obligación a la garantía un simple acto de gestión desde que por él se da contenido económico a la carga que afecta al bien inmueble, como vimos (127).

El nuevo artículo 153-bis LH ni explícitamente ni implícitamente faculta al acreedor-entidad-financiera para que afecte el bien, sin el consentimiento de su titular, al pago de hipotéticos créditos futuros (128). No basta con afirmar que prestó un consentimiento anticipado y a ciegas en la escritura de constitución de la hipoteca, cuando en ella no consta la naturaleza, cuantía, tiempo y condiciones del crédito, que son el verdadero contenido económico del gravamen. Y sobre todo cuando no consta el

(127) PRIGENT, St.: *op. cit.*, pp. 1279, 1280. Por la misma razón, el deudor necesitará para celebrar un nuevo crédito afecto a la hipoteca que preste consentimiento su cónyuge de ser el bien de carácter ganancial. Así lo entiende la doctrina francesa, SAVOURÉ, D.: *op. cit.*, p. 4.

(128) Por esta razón, no parece este supuesto similar al que recuerda FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA CLAROS sobre la doctrina del TC acerca del privilegio que representó el artículo 1435 de la derogada LEC (hoy desaparecido al reconocerlo en todo acreedor), *op. cit.*, p. 212.

número de veces de la recarga, ya que la cifra de responsabilidad no informa del importe real que la hipoteca puede asegurar de forma sucesiva durante el período intermedio.

— Una vez que se conoce la naturaleza, el importe y las condiciones del crédito con el que se pretende la recarga de la hipoteca, habrá que preguntarse si se puede concertar esta obligación a efectos de la garantía sobre el inmueble en cualquier tipo de documento, ya que cuando se contrae la obligación que era futura en todos los sentidos al tiempo de constitución de la garantía, es cuando se dispone y utiliza el bien inmueble.

En mi opinión, la afección de la garantía al cumplimiento de una obligación deberá efectuarse en escritura pública cuando en el acto de constitución de la hipoteca el deudor no manifestó de forma expresa su consentimiento a que el bien responda de esa concreta obligación. Ya que es materia excluida del ámbito de la póliza los actos y negocios que tengan objeto inmobiliario (art. 17 de la Ley Orgánica del Notariado y art. 144 del Reglamento de organización y régimen del notariado vigente).

— También habrá que preguntarse por el contenido del título en consideración al propio crédito y su garantía (préstamo vivienda, al promotor...). Y por los requisitos que deba satisfacer para la ejecución en el procedimiento hipotecario directo. No basta un contrato por escrito. La relevancia del acto exige la escritura notarial para que quede constancia del consentimiento consciente de quien debe tener la libre disposición del bien en el momento en el que contrae el crédito (verdadero gravamen económico).

— Al acreedor no le corresponde ceder como propia la facultad de recarga y flotabilidad de la garantía sobre obligaciones totalmente futuras. La facultad de reutilizar el valor del bien no forma parte del contenido jurídico del derecho del acreedor-hipotecario; tampoco del crédito.

— El reconocimiento de la reutilización por el dueño no es equiparable a la hipoteca de propietario. La eficacia del puesto vacío es diferente en cada ordenamiento (BGB, ZGB, ABGB). La doctrina francesa defiende que no existe preferencia a favor del constituyente durante el período de "lévitation de l'hypothèque" (129). También de acuerdo con nuestro sistema existe propiedad libre del dueño del bien salvo que un tercero tenga el derecho al avance de puesto. La eficacia de una hipoteca sin crédito es mera apariencia y no perjudica a tercero; tampoco al dueño del

(129) GOURIO, Alain: *op. cit.*, "L'hypothèque rechargeable", p. 40.

bien (la subsistencia a la que se refiere el art. 72 de la LH lo es desde un punto de vista formal, no económico).

— Algunos de los defensores del concepto de hipoteca-global-flotante en el artículo 153-bis de la LH niegan la existencia de un crédito hipotecario (130), aunque existan deudas mientras, como afirman, la hipoteca flota sobre varias, sin posarse en ninguno, de manera que no existe crédito hipotecario en el período intermedio (desde la constitución hasta la ejecución).

Esta concepción presupone una desconexión absoluta durante la fase de seguridad que debería conducir a una comprensión y tratamiento especial de las normas aplicables durante la vigencia de la hipoteca, no excepcionadas en el artículo 153-bis de la LH. De esta afirmación debería resultar que el crédito no queda sustraído “en determinados aspectos al régimen propio de los créditos comunes” (131).

Por lo que esta desconexión entre la hipoteca y los sucesivos créditos no puede predicarse de forma absoluta, sin que esta indeterminación del crédito ejecutable represente un inconveniente para el acreedor, deudor y para el hipotecante.

La conexión entre los créditos sucesivos y la garantía ofrece ventajas para el dueño, ya que no tiene comprometido sin causa un bien de su propiedad. También ofrece ventaja al acreedor, ya que facilita a este último la posibilidad de negociar el crédito con la garantía en la forma y medida que le corresponda.

— Interpretado el artículo 153-bis de la LH como el derecho del dueño del bien a obtener mayor provecho del valor económico de la cosa que le pertenece, se logran los dos propósitos de la Ley a los que hace referencia la Exposición de Motivos: abaratar y hacer competitivo el mercado. El abaratamiento —se refiere a los gastos no bancarios— de la operación lo es en beneficio del dueño del bien, pues es él quien soporta el

(130) “No existe crédito hipotecario en sentido estricto; o dicho de otra forma, no existe obligación u obligaciones garantizadas por la hipoteca... el máximo no es un máximo de crédito... es de la responsabilidad hipotecaria...” los créditos de lo que llama “la cesta” “son créditos cubiertos por la garantía, pero no créditos hipotecarios”, CARRASCO PERERA, A., y CORDERO LOBATO, E.: *op. cit.*, “El doble filo...”, p. 2.

(131) El profesor LALAGUNA DOMÍNGUEZ pone de relieve las consecuencias de la conexión del crédito con la hipoteca: “el poder del acreedor deja de estar exclusivamente referido a la conducta del deudor y se proyecta, desde el lado activo de la relación real de la garantía, sobre una cosa”; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: “El derecho real de hipoteca y su conexión con el crédito garantizado”, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, tomo II, *Garantías reales*; volumen 2, *Garantías inmobiliarias*, p. 28, en línea con el planteamiento expuesto por el mismo autor en “Los créditos hipotecarios”, RDN, julio-diciembre de 1974, pp. 109 y ss.

coste. En cuanto al segundo motivo, que la hipoteca llegue a ser un mecanismo que favorezca la libre competencia, depende de que se respete el derecho a elegir entre las distintas entidades financieras. Así interpretadas las novedades hipotecarias objeto de comentario, se cumplen las normas a las que están sometidas las entidades en sus relaciones con los clientes y con los consumidores de sus productos.

La teoría de la garantía-global-flotante hace imposible el logro de los motivos que animan al legislador y que son la manifestación de principios de orden público económico, los mismos que fundamentan la prohibición de toda cláusula negativa por la que se limite la actuación económica del dueño del bien y la libre competencia y que recuerda la DGRN (en la RDGRN de 26 de febrero de 2008 invoca la de 5 de octubre del 2000): “el principio de libertad de tráfico, vigente en nuestro sistema jurídico, exige que las restricciones legítimamente impuestas sean interpretadas de forma restrictiva sin menoscabo de los intereses que las justifican”.

La interpretación que ve en la norma el reconocimiento de la facultad del propietario de la cosa a reutilizar la garantía permite una mayor utilidad y provecho de las novedades hipotecarias y evita, en su interpretación, los tropiezos con otras normas jurídicas y los inconvenientes prácticos que provoca la concepción doctrinal de la hipoteca-global-flotante respecto al ejercicio del dueño de la facultad de disponer del bien, la relevancia de las fechas en el desenvolvimiento de la propia garantía (los valores financieros son fechados), el ejercicio de la voluntad de desistir o de cancelar, incluso, la ejecución de la garantía.

No tiene nada de extraño que el Grupo de Investigación Eurohipoteca concluya que es el dueño del bien quien puede constituir o ampliar la hipoteca en garantía de un crédito nuevo (132).

Duración. La escritura de constitución debe reflejar el plazo máximo de duración de la hipoteca (art. 153-bis).

Plazo del asiento, no de prescripción de las obligaciones, como señala la doctrina; al tiempo sugiere que se distinga entre plazo de la hipoteca y plazo de seguridad (133) (*caveat creditor!*).

El artículo 153-bis permite la prórroga. Se reconoce en el Derecho francés un límite máximo de cincuenta años que introdujo la reforma de las garantías en toda hipoteca convencional (134).

El plazo tiene relevancia (insistimos), ya que, a mayor plazo, más posibilidad de recarga.

(132) *Op. cit.*, Grupo de Investigación Eurohipoteca, “Proyecto de investigación europeo...”, RCDI, número 685, p. 2472.

(133) CARRASCO PERERA, Ángel, y CORDERO LOBATO, Encarna: *op. cit.*, p. 4.

(134) SAVOURÉ, D.: *op. cit.*, p. 4; GOURIO, A.: *op. cit.*, p. 42; PRIGENT, St.: *op. cit.*, p. 1282.

Defendemos que el deudor puede por su voluntad poner fin al carácter de la hipoteca en disposición de servir a créditos futuros.

Esta es la solución que se aconseja en las propuestas de criterios uniformes y comunes para los diferentes sistemas de garantías europeos elaborados por grupos de trabajo (incluso integrados por entidades financieras): “el que constituye la garantía puede rescindir cada vez el contrato. La rescisión trae como consecuencia que sólo permanecen garantizados aquellos créditos que en el momento de la rescisión ya estaban constituidos” (135).

Es la solución que también acoge el Derecho francés (con preaviso cuando no existe plazo –si bien todas las hipotecas voluntarias tienen un plazo legal–). Estamos de acuerdo con GRIMALDI cuando invoca para el caso de renuncia el mismo principio que rige para las hipotecas de obligaciones futuras en el Derecho de su país; dice: “il n’y a lieu d’exiger ici ni que l’hypothèque soit durée indéterminée, ni l’observation d’un délai de préavis” (136).

Esta solución es la que resulta compatible con las facultades de disposición del dueño y la más conforme a las recomendaciones sobre la constitución de garantías autónomas y a los principios de nuestro ordenamiento.

Cancelación. De acuerdo con la interpretación que defiendo (la que estimo más ajustada a nuestro sistema de garantías: la reutilización es un derecho del dueño del bien dado en garantía y el pacto que contradiga este derecho sin causa debe tenerse por nulo) en la hipoteca que regula el nuevo artículo 153-bis de la LH (no accesoria de un único crédito) existe una desconexión relativa entre éste y aquélla, de manera que esta última, al no serlo de un solo crédito, subsiste extinguido aquél.

Por lo que, de acuerdo con la interpretación que considero más conforme al sistema vigente, puede tener lugar la renuncia por parte de un

(135) “Es posible estipular por contrato que el derecho real de garantía inmobiliaria sirva para garantizar créditos diferentes, de manera que el que constituye la garantía puede rescindir cada vez el contrato. La rescisión trae como consecuencia que sólo permanecen garantizados aquellos créditos que en el momento de la rescisión ya estaban constituidos... En el caso de que el tomador de la garantía tenga una expectativa de buena fe de que la garantía de determinados créditos futuros no sea suprimida, entonces éstos permanecen garantizados a pesar de la rescisión”; en el marco de la labor de asesoramiento de la Asociación de Bancos Hipotecarios alemanes, Propuesta de garantía inmobiliaria no accesoria para los Estados de Europa Central (Diskussionspapier: nicht akzessorisches Grundpfand für Mitteleuropa), recogida por Sergio NASARRE AZNAR y Otmar STÖCKER en “Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. El ejemplo de la Europa central (1)”, RCDI, número 671, p. 944.

(136) GRIMALDI, M.: *op. cit.*, p. 3.

acreedor a la garantía sin que deje de subsistir la hipoteca. El titular del bien podrá reutilizarla, y mientras no lo haga, la hipoteca no existe como gravamen preferente en perjuicio de tercero, ya que nuestro sistema tampoco permite al que la constituye reservarse para sí mismo el valor del inmueble, tal y como afirma GRIMALDI en el vecino país (137).

La Ley no desarrolla las consecuencias de la relativa desconexión entre el crédito y la hipoteca. Pero no existe en ella motivo para que se interprete en perjuicio del propietario del bien, de manera que se permita a un concreto acreedor lo que es inadmisibles al dueño. Por lo que, en mi opinión, probado que el crédito se satisfizo, el dueño del bien que no quiera volver a utilizar la hipoteca es quien podrá ordenar su cancelación.

Esta hipoteca como garantía autónoma obliga a distinguir entre el pago de las obligaciones garantizadas y la cancelación de la hipoteca. La extinción del crédito no tiene por qué cumplir los mismos requisitos que la cancelación definitiva de la garantía. Desde que la garantía autónoma no se extingue con la obligación garantizada, la cancelación no necesita el consentimiento de un acreedor. Aún en el caso de que el acreedor presente su consentimiento a la cancelación, no parece suficiente este consentimiento por sí sólo para producir este efecto, ya que el dueño podría querer reutilizar la garantía que constituyó a su costa.

De esta manera, este tipo de hipoteca ofrece al dueño la ventaja de evitarle los costes, no sólo de nueva constitución, sino también de la cancelación desde que el dueño de la cosa no necesita al acreedor para cancelar, ni cancelar la hipoteca para utilizar la garantía a favor de otro acreedor entidad financiera. Como vimos, esta interpretación facilita al deudor el pago por un tercero con subrogación en la carga (138).

Para la reutilización de la garantía a favor del acreedor, el dueño del bien tiene que estar en condiciones de probar cuál es la situación de la garantía. Bastará con demostrar al tercero interesado la existencia del crédito garantizado y el pago en todo o en parte.

De ahí el interés de la obligación impuesta al acreedor en el Derecho francés de notificar al notario ante quien se constituyó la garantía de que el crédito está satisfecho (139). En este Derecho se simplificó el procedimiento notarial para cancelar cualquier hipoteca. Ésta tiene lugar a so-

(137) GRIMALDI, M.: *op. cit.*, p. 1.

(138) El prestatario-propietario puede fácilmente cambiar de banco con el resultado de una subrogación (*mutatis mutandis*) "*ex parte debitoris*" (THÉRY, Ph.: "Le renouveau de l'hypothèque", *Revue Droit & Patrimoine*, p. 1) en los beneficios de la carga, que es independiente del crédito.

(139) "A cet effet, le créancier s'engage, une fois la créance éteinte, à notifier cet élément dans les deux mois, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, au notaire rédacteur du présent acte ou à son successeur"; PRIGENT, St.: *op. cit.*, pp. 1284, 1286.

licitud del deudor, en documento en el que se recogen los datos de la hipoteca y su cuantía; notificada la solicitud al acreedor, el notario certifica la cancelación (140).

En nuestro Derecho el pago de la obligación puede probarse de cualquier forma. No necesita cumplir los requisitos de la solicitud de cancelación registral ni los exigidos para la ejecución de la garantía. Pero considero que puede tenerse por prueba de pago, sin necesidad de pacto especial a este efecto, la liquidación efectuada de acuerdo con lo pactado en el título a efectos de ejecución de la garantía. Los mismos documentos y requisitos que permiten al fedatario acreditar el saldo deudor a una fecha conforme a las cláusulas pactadas en la escritura deben tenerse por suficientes para acreditar el pago total de la deuda. Forma de cancelar que me parece defendible para todo tipo de hipoteca.

En la actualidad introducen confusión en los cálculos la remisión a tarifas futuras y criterios aleatorios. Es de interés que la escritura dé fijeza a las bases de cálculo del interés aplicable y de las cuotas de amortización –por ejemplo, aquéllas que permitan conocer las tarifas que motivan las alteraciones del margen variable o la diferencia en la progresión de la cuota creciente– para que el deudor pueda calcular, por sí, lo que debe en cada momento.

También puede servir de medio de pago la información que periódicamente remita la entidad financiera sobre las cantidades que se le satisfacen.

Tampoco veo inconveniente en reconocer al hipotecante el derecho a exigir la publicidad de las descargas y recargas (art. 6 de la LH) para facilitar la prueba del gravamen económico real.

Como defendemos, en esta hipoteca reutilizable es necesario distinguir la prueba del pago y los requisitos de la cancelación.

Para probar el pago debe ser suficiente todo aquel medio por el que resulte acreditada la satisfacción del crédito. Entre ellos, las liquidaciones certificadas por la entidad (válidas para acreditar el saldo deudor). En cualquier contrato de préstamo o crédito es imprescindible que resulten del título las reglas por las que se pueda obtener el cuadro de amortización que se aplica (diferencias entre los términos de las progresiones, reglas de

(140) *Bulletin Officiel des impôts, Direction Générale des Impôts*, 10 D-3-06, número 215 du 28 de Decembre 2006, Incidences de l'Ordonnance número 2006-346 du 23 de Mars 2006 relative aux sûretés en matière de publicité foncière.

“Le notaire qui doit avoir conscience qu'il s'agit là d'un transfert de responsabilité sur sa tête, agira prudemment en disposant toujours d'une demande écrite du débiteur et d'un accord écrit original du créancier annexes à son acte, en vérifiant pour l'accord du créancier qu'il est pur et simple, ou que conditionnel, les conditions posées sont réalisées”; SAVOURÉ, Dominique: *op. cit.*, “L'hypothèque rechargeable”, p. 5.

tiempo entre fechas, las bases de cálculo del interés remuneratorio, las tarifas objetivas a las que se somete el margen variable...). No es admisible que las condiciones se tengan que averiguar de las vicisitudes de la cuenta compensatoria; de esta forma no se pueden comprobar cuáles son y si fueron alteradas.

En el caso de la recarga, las bases deben pactarse con especial cuidado, ya que para el cálculo de la cantidad final que se reclama se deben fechar deudas que no son equivalentes. La garantía compartida por diversas relaciones no justifica que, para el cálculo de la cantidad final objeto de reclamación, se devenguen intereses por valores acumulados derivados de operaciones distintas.

Ejecución

El artículo 153-bis sirve para ofrecer el mismo rango a acreedores diferentes, sin necesidad de que los créditos sean simultáneos, ni de compartir crédito, y sin necesidad, tampoco, de tener conocimiento de la existencia unos de los otros, participando todos de la misma cobertura. Con el efecto respecto de terceros (como sucede en caso de créditos distintos con igualdad de grado) de que no existe avance de puestos de los posteriores en tanto no se cancele la garantía.

Pero al tiempo de la constitución puede preverse la fórmula para disponer del resultado de la ejecución por uno de los acreedores para evitar que subsistan cargas (art. 227 RH; art. 155 LH) y facilitar la venta o el uso posterior de la garantía por quien satisfaga a los demás (141), que puede/n ser lo/s dueño/s, pero en este caso el sistema hace imposible que haga/n suyo el “puesto”.

6. Bibliografía

- ANGUITA RÍOS, ROSA M.^a, en *Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria*, Colección Monografías de Derecho Civil. IV. Propiedad y Derechos Reales. Ed. Dykinson SL, Madrid, 2006.
- ARANGUREN URRIZA, FRANCISCO JOSÉ: “Habilitación legal para la reforma de la normativa sobre transparencia en préstamos y créditos hipotecarios. Nueva nor-

(141) REINA TARTIÈRE propone fórmulas para interpretar como disponible el resultado de la ejecución por uno de los acreedores. Por ejemplo, que se reparta el precio para facilitar la venta como libre, ya que, de otro modo, puede verse dificultada si subsisten las cargas y gravámenes del mismo rango como preferentes. Se premiaría, de otra forma, al acreedor por el hecho de haber ejecutado primero. Por otra parte, un deudor puede estar cumpliendo un crédito y no otro, la ejecución por éste supondría el vencimiento anticipado del que se satisface; REINA TARTIÈRE: *op. cit.*, “La igualdad de rango...”, pp. 650, 651.

- mativa sobre amortización anticipada”, en *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, pp. 101 y ss.
- BALMER, Eric: *Les clauses négatives dans les crédits bancaires*, Schulthess Médias Juridiques, Zurich, 2004.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: *Hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente bancaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2001.
- BONILLA ENCINA, Juan Francisco: “La prioridad en el Sistema hipotecario español”, *Ponencias y Comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, tomo II.
- BOTÍA VALVERDE, A.: “Hipoteca recargable y novación”, en www.notariosyregistradores.com
- CARRASCO PERERA, Ángel, y CORDERO LOBATO, Encarna: “El doble filo de la hipoteca global: *caveat creditor*”, *La Ley*, número 6988.
- CERLES, Alain: “L’hypothèque rechargeable”, *Revue Lamy Droit des Affaires*, Mars 2007, número 14, pp. 100 y ss.
- CORDERO LOBATO, Encarna: *La hipoteca global (La determinabilidad del crédito garantizado)*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997.
- CUIF, Pierre-Francois: “Le caractère hybride de la convention de rechargement”, *Revue Lamy Droit Civil*, número 34, pp. 27 y ss.
- DE GISPERT PASTOR, M. T.: “Régimen de acceso al mercado de banca privada”, en *Estudios de Derecho bancario y bursátil, homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Madrid, 1994, tomo II, pp. 1143 y ss.
- DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*, Ed. Reus, Madrid, 2006.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: “La recarga de la hipoteca y su eficacia respecto de terceros”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, Ed. Civitas-Thomson, Cizur Menor, Navarra, 2009, pp. 199 y ss.
- FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, Íñigo: “La hipoteca global”, en *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, pp. 205 y ss.
- GOURIO, Alain: “L’hypothèque rechargeable”, *Revue bimestrielle LexisNexis JurisClasseur - Revue de Droit Bancaire et Financier*, septembre-octobre 2006, pp. 39 y ss.
- GRIMALDI, Michel: “L’hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire”, *La Semaine Juridique Edition Générale*, número 20, 17 de Mai 2006, I 9.
- GRUPO DE INVESTIGACIÓN EUROHIPOTECA: “Proyecto de investigación europeo Eurohipoteca: puntos para la discusión”, RCDI, septiembre-octubre, 2004, número 685, pp. 2467 y ss.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: “El derecho real de hipoteca y su conexión con el crédito garantizado”, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*; tomo II, *Garantías reales*; volumen 2, *Garantías inmobiliarias*, p. 28.

- LANZAS GALVACHE, Joaquín: "Hipoteca en garantía de obligaciones mancomunadas y solidarias. Hipotecas constituidas por ambos cónyuges", Academia Sevillana del Notariado, tomo V, pp. 12 y ss.
- LEGEAIS, Dominique: *Sûretés et Garanties du crédit*, Ed. Lextenso, 6.^a ed., 2008, París.
- MARTÍN PÉREZ, Antonio: "Sobre la determinabilidad de la prestación obligatoria", RGLJ, números 1-2, 1958 (2.^a época), tomo XXXVII (205 de la colección, pp. 5 y ss.).
- NASARRE AZNAR, Sergio y STÖCKER, Otmar: "Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. El ejemplo de Europa central", RCDI, número 671, mayo-junio, 2002, pp. 915 y ss.
- PARDO NÚÑEZ, C.: "La hipoteca flotante", *Lunes* 4,30, número 32, 1989.
- PARGA LÓPEZ, Manuel: "La descarga de la recarga", *Registradores*, número 52, 2009.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Ignacio: "El título del crédito hipotecario: inscripción y ejecución (Alcance de la reforma introducida por la Ley 41/2007)", en *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, pp. 165 y ss.
- PRETEL SERRANO, J. J.: "La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (Examen actual de la figura desde la perspectiva de la Ley 1/2007)", RCDI, número 661.
- PRIGENT, Stéphane: "L'hypothèque rechargeable", *Defrénois*, número 18/07.
- QUESADA GONZÁLEZ, M.^a Corona: "El rango hipotecario. Estudio crítico del sistema romano o latino de avance de puestos", RCDI, número 641, 1997.
- REINA TARTIÈRE, Gabriel: "El sistema de rango progresivo frente a la recepción de la hipoteca recargable", *Revista del Notariado*, enero-febrero-marzo 2008, número 891, pp. 29 y ss.
- "La igualdad de rango hipotecario", RCDI, número 706, pp. 597 y ss.
- REY PORTOLÉS, J. M.: "Hipotecas con cláusula de *endowment*. Hipoteca flotante", *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, pp. 277 y ss.
- DE LA RICA ARENAL, Ramón: "La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca", AAMN, tomo IV, pp. 285 y ss.
- ROCA SASTRE, Ramón María: *Derecho Hipotecario*, tomo IV, volumen 1.º, Ed. 7.^a, 1979.
- RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a Goñi: "La determinación de créditos en la garantía hipotecaria (Hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones indeterminadas)", RCDI, número 681, pp. 249 y ss.
- ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, Luis: "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*, Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, pp. 289 y ss.
- SAVOURÉ, Dominique: "L'hypothèque rechargeable", *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, número 19, 11 de Mai 2007, 1175.

TENA ARREGUI, Rodrigo: "Hacia un nuevo Derecho Hipotecario", en *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, pp. 9 y ss.

THÉRY, Philippe: "Le renouveau de l'hypothèque", *Revue Droit & Patrimoine*, número 159-2007.

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Ángel: "La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable", *Boletín Oficial del Colegio de Registradores de España*, número 148 (2.^a época), julio-agosto 2008, pp. 1771 y ss.

**EXPEDICIÓN DE COPIAS NOTARIALES
EN SUPUESTOS DE CAMBIO DE SEXO
TRAS LA LEY 3/2007, DE 15 DE MARZO:
¿UNA EXCEPCIÓN A LA LITERALIDAD? (*)**

JOSÉ-MARÍA GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ

Notario.

Diplomado en Derecho Comunitario Europeo

(LLM, Colegio de Europa, Brujas)

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** SISTEMA DE UNIDAD DE REDACCIÓN; LA LITERALIDAD. **III.** EL ARTÍCULO 6(3) DE LA LEY 3/2007, DE 15 DE MARZO; SU INTERPRETACIÓN. **IV.** CONSTATACIÓN DE UNA LAGUNA; CÓMO COLMARLA. **V.** CONTRADICCIÓN ENTRE EL SISTEMA Y EL ARTÍCULO 6(3); CÓMO CONSIDERARLA SALVADA. **VI.** CAUTELAS DEL NOTARIO PARA ACCEDER A LA PETICIÓN; *ITER* DOCUMENTAL HACIA LA EXPEDICIÓN. **VII.** ANEXO: MODELOS SUGERIDOS DE ACTA COMPLEMENTARIA, DE DILIGENCIA EN LA MATRIZ, DE NOTA DE REFERENCIA Y DE NOTA DE EXPEDICIÓN DE COPIA. **VIII.** BIBLIOGRAFÍA.

(*) Quiero dejar constancia de mi agradecimiento a Blanca Hernández Oliver, Letrada de las Cortes Generales, por facilitarme los antecedentes parlamentarios de la Ley 3/2007, de 15 de marzo.

I. Introducción

Es consustancial al concepto de copia notarial la noción de literalidad respecto de su matriz, obrante en el protocolo, al que se incorpora con carácter definitivo e inseparable. Conforme a los artículos 224 y 236 del Reglamento Notarial, la copia es, efectivamente, un traslado literal de la matriz, una reproducción fiel de la misma y con idénticos efectos. No es ocioso recordar, en tal sentido, la definición que FERNÁNDEZ CASADO nos brinda de la copia notarial, según la cual, se trata de una *reproducción literal de un instrumento público protocolado, autorizado por Notario competente con las formalidades de derecho*.

La eficacia del instrumento público, en sus distintas vertientes, se apoya en el hecho de que su original queda en poder y bajo custodia del notario, de modo que la veracidad de la copia, que circula en el tráfico, siempre puede ser contrastada por su cotejo con el original.

Referida esta característica de la literalidad, como fundamental y vertebradora del concepto de copia, cabe plantear si sería admisible –y, en su caso, bajo qué circunstancias y sobre qué apoyos– la expedición de copias que, en algún extremo, no concuerden con su matriz. Más concretamente, me propongo cuestionar si, como una excepción a la mencionada regla, el notario podría expedir copia de una matriz a instancia de persona legitimada que haya rectificado en el Registro Civil la mención relativa a su sexo, y, en su caso, a su nombre, al amparo de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, bajo la específica pretensión de que en dicha copia aparezcan modificados *única y exclusivamente* tales extremos.

II. Sistema de unidad de redacción; la literalidad

La fidelidad de la copia respecto de la matriz encuentra su sentido propio en el origen mismo del protocolo, a saber, en el principio de objetivación del documento como fuente de seguridad jurídica.

En los albores del notariado se inicia el desarrollo de este principio a través de las formas arcaicas de la *noticia dorsal* y de la *imbreviatura*, que, andando el tiempo, desembocarán en el protocolo como conjunto ordenado de documentos originales autorizados, sobre los que se cotejan las copias, traslados íntegros y exactos que de los mismos se expiden a favor de los otorgantes y, sobre cuya base, éstos ejercitan en el tráfico los derechos derivados de los actos y negocios documentados, de acuerdo con el principio de legitimación (1).

(1) TAMAYO CLARES, M.: *Temas de Derecho Notarial*, pp. 266 y 267, Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, Granada, 2001.

Con la Pragmática de Alcalá, dictada por la Reina Católica el 7 de junio de 1503, se sientan las bases de un sistema, el español, calificable como *bi-instrumental* y de *redacción única*, porque (i) la carta ya no circula original, sino que es copia, redactada por extenso, de su matriz, conservada en el protocolo; y porque (ii) el texto circulante –la escritura *signada*– recibe todo su valor jurídico, precisamente, por ser reproducción exacta de su matriz, ordenándose a los escribanos *que en las escripturas que así dieren sygnadas, ni quiten ni añadan palabra alguna de lo que estuviere en el registro, salvo la suscripción...; so pena que la escriptura que de otra manera se diere sygnada sea en sy ninguna*. La Reina Isabel aborda de propio intento esta reforma con conciencia de la inseguridad jurídica que se derivaba de la posible extensión, reducción o, incluso, interpretación, que el escribano expedidor podía llevar a efecto respecto del tenor del instrumento aceptado y otorgado por las partes (2).

En este sistema bi-instrumental y de única redacción, que es el que consagra nuestro Derecho Notarial moderno, la conservación del instrumento original evita su manipulación y determina que la eficacia del referido instrumento no pueda ser inmediata, sino sólo mediata, a través de la copia que goza de fe pública, si bien *derivativa o transcriptiva y no originaria* –en expresión de RODRÍGUEZ ADRADOS–. Copia que, por otra parte, en caso de ser impugnada, sólo tendrá fuerza probatoria a través del *coitejo* que demuestre su correspondencia exacta con el contenido de su original, como señala el artículo 1220 del Código Civil (3), constituyendo la quiebra de tal identidad un supuesto de falsedad penal o civil (4).

(2) LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: “El Protocolo y la redacción por extenso”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XLIII, pp. 526 a 530, Madrid, 2007. Así, en el mismo sentido, [...] *la actividad creadora o profesional del notario quedó centrada en la redacción del primer texto, es decir, del plasmado en el protocolo, puesto que la elaboración del segundo texto había de consistir en algo casi mecánico, como pura transposición que era de un texto idéntico, esto es, el protocolado. Quedaba pues suprimida la actuación alargadora o engrosadora inherente al sistema de redacción múltiple [...] (vid. ANDRINO HERNÁNDEZ, M.: “Copias notariales: su normativa y práctica en el sistema protocolar”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 63, julio-septiembre 2007, p. 40, Madrid, 2007).*

(3) El correlato procesal de este precepto se encuentra en el artículo 320 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, la *comparatio litterarum* sería una variedad de la prueba pericial de su artículo 349, mediante la que se resuelve la querrela de falsedad civil de la copia de un documento público por falta de concordancia con su matriz (RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: “La prueba documental en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, p. 28, *Ensayos de Actualidad de Escritura Pública*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003).

(4) RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: “Comentario a la sección *De los Documentos Públicos* – Artículos 1216 a 1224 del Código Civil”, en *Escritos Jurídicos*, tomo III, pp. 248 a 252, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996. La falsedad se opone a la veracidad, es la discrepancia con la verdad, si bien, como constata MOXÓ, la doctrina sobre la falsedad civil del instrumento público *se halla envuelta entre penumbras densas* (cit. por GIMÉNEZ ARNAU, E.: *Derecho Notarial*, p. 464, Universidad de Navarra, Pamplona, 1976).

Por consiguiente, si ha de prevalecer la matriz y la copia carecerá de valor sin correspondencia con aquélla, se concluiría que la literalidad de la copia es un requisito esencial e insoslayable de su validez. No obstante, cabe analizar si, en el caso en cuestión, es admisible alguna excepción a la regla mencionada.

III. El artículo 6(3) de la Ley 3/2007, de 15 de marzo; su interpretación

Al amparo de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, *sobre rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, pueden plantearse supuestos en los que personas que hayan cambiado de sexo y que, de acuerdo con ella, hayan hecho reflejar tal mutación con un nuevo nombre en el Registro Civil, soliciten del notario a cuyo cargo se encuentre el correspondiente protocolo la expedición de copia en la que el solicitante aparezca identificado con nuevos nombre y sexo, subsistiendo una plena identidad con la matriz en todos sus demás extremos.

En estos casos, un inmediato y elemental criterio de prudencia aconsejaría negar la expedición, aun constatándose, a juicio del notario, la existencia de interés legítimo o, incluso, de derecho a copia como titular de un derecho directamente derivado de la matriz. La expedición originaría en el tráfico una copia no sólo no idéntica a su matriz, sino también discordante con otras copias previamente expedidas a favor de otros legitimados, lo que originaría una evidente distorsión de la seguridad jurídica.

El estudio del problema exige tomar como punto de referencia el **artículo 6(3)** de la Ley, que, transcrito en el contexto del conjunto del precepto, establece que:

“1. El Encargado del Registro Civil notificará de oficio el cambio de sexo y de nombre producido a las autoridades y organismos que reglamentariamente se determine.

2. El cambio de sexo y nombre obligará a quien lo hubiere obtenido a solicitar la emisión de un nuevo documento nacional de identidad ajustado a la inscripción registral rectificada. En todo caso se conservará el mismo número del documento nacional de identidad.

3. *La nueva expedición de documentos con fecha anterior a la rectificación registral se realizará a petición del interesado, su representante legal o persona autorizada por aquél, debiendo garantizarse en todo caso por las autoridades, organismos e instituciones que los expedieron en su momento la adecuada identificación de la persona a cuyo favor se expidan los referidos documentos mediante la oportuna expresión en el duplicado*

*del mismo número del documento nacional de identidad o la misma clave registral que figurare en el **original**" (5).*

Una primera aproximación al texto no permitiría sino considerar francamente dudoso que este artículo ampare la actuación notarial cuya posibilidad nos planteamos. Pero procede discutirlo mediante su adecuada interpretación —e, incluso, integración.

Preliminarmente, se diría que el artículo 1217 del Código Civil remite la regulación de los documentos autorizados por notario a la legislación notarial y que el precepto que comentamos es ajeno a la misma, pues su literatura, más bien, parece de cuño administrativo. Esta afirmación requiere —y es fruto— de una interpretación, que debe abordarse partiendo del *sentido literal* de la norma, como criterio que, de algún modo, nos servirá para *amojonar* (6) el terreno de nuestra actividad hermenéutica —es, en efecto, el criterio con el que se ha de iniciar toda interpretación de un texto lingüístico, con conciencia de que, si se sobrepasa el sentido literal ya no habrá interpretación, sino intromisión en el texto y distorsión de su sentido (7).

Así, ¿puede decirse que el vocablo *documentos* del artículo 6(3) incluya los notariales y sus copias?

En un sentido ordinario, vulgar o coloquial, debería darse a la cuestión respuesta afirmativa, pues son, sin duda, documentos. En sentido técnico, sin embargo, se debe deducir que el tenor literal del artículo, al aludir a la *expedición por autoridades, organismos e instituciones*, se está refiriendo sólo a una clase de documentos, a saber, los públicos —pero sin aclarar de modo explícito si se trata sólo de los administrativos y judiciales o también de los notariales.

Y la distinción tiene trascendencia dado que no todos los documentos públicos despliegan los mismos efectos. Es oportuno recordar que el documento administrativo sólo recoge actos de una parte —el funcionario que los expide—, lo cual, v. gr., en el marco del artículo 1218 del Código Civil, no debiera permitir que la ley tuviera por probados los hechos que dieron lugar a la expedición, pues lo contrario originaría gran indefensión frente a la Administración (8), efecto que, obviamente, no puede deducir-

(5) La negrita es mía.

(6) LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. por M. RODRÍGUEZ MOLINERO, p. 320, Ariel, Barcelona, 1994.

(7) RODRÍGUEZ MOLINERO, M.: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, p. 227, Cervantes, Salamanca, 1991.

(8) [...] la atribución de fe pública a todos los documentos emanados de cualquier funcionario público en el ejercicio de sus funciones pondría en penosa situación a los ciudadanos y a su libertad y seguridad; piénsese en la pléyade de inspectores, en todos los sectores imaginables

se del documento notarial, obra de un funcionario por esencia imparcial que –en las conocidas palabras de LÓPEZ BURNIOL– *lo redacta, controla su legalidad y lo autentica*.

Por otro lado, el literalismo, por sí solo, representa *un estadio completamente primitivo en la realización del derecho*. Es conveniente, por tanto, abordar el problema desde otros enfoques hermenéuticos, superando la letra y la palabra, con apoyo en ellas, como vehículo de expresión de un espíritu (9).

Desde un punto de vista *histórico* –al margen de la clásica pugna doctrinal entre defensores de la *voluntas legislatoris* y partidarios de la *voluntas legis*–, es importante indagar cuál ha sido la voluntad del legislador, entendida ésta en un sentido objetivo o inmanente a la propia ley.

Por lo que respecta a los trámites parlamentarios, de la lectura de las enmiendas propuestas y de los debates en las cámaras se concluye un sistemático olvido del documento público notarial, al que en ningún momento se hace mención. Toda referencia documental, bien sea respecto del artículo 6 o a propósito de otros preceptos –finalmente aprobados o no–, se dirige explícitamente a documentos administrativos de identificación, a títulos académicos o profesionales y a permisos de residencia y trabajo, fundamentalmente (10). Otra cosa es el sentido que realmente se halla *in die Seele des Gesetzgebers* –en el *alma* del legislador. Pero ello invade ya lo teleológico, sobre lo que se volverá más tarde.

que tiene un Estado moderno; piénsese en los atestados de la policía gubernativa, o de la policía de tráfico, respaldados por el artículo 1218 del Código Civil (RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: “Escrituras, contraescrituras y terceros”, en *Escritos Jurídicos*, tomo III, p. 323, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996).

(9) DÍEZ-PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, pp. 244 y 245, Ariel, Barcelona, 1987.

(10) Destacan diversas enmiendas propuestas por el Grupo Mixto, por el Grupo de Izquierda Unida –*Iniciativa per Catalunya Verds*; por el Grupo de *Esquerra Republicana de Catalunya*; y por el Grupo Catalán (*Convergència i Unió*):

- (i) sobre reexpedición de Documento Nacional de Identidad y documentación derivada del mismo, como pasaportes, en los términos de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana;
- (ii) sobre identificación de extranjeros en autorizaciones de residencia y trabajo, de acuerdo con el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre; y
- (iii) sobre reexpedición de títulos académicos y profesionales y abono de tasas, conforme al artículo 8 del Real Decreto 733/1995, de 5 de mayo, que –mereciendo destacarse– menciona *expressis verbis* la *expedición de duplicados*.

En este contexto, quizá sí se pudiera presuponer, acaso forzosamente, la inclusión del documento notarial en las enmiendas de estos Grupos Parlamentarios encaminadas a cerrar el paso a la publicidad de *documentos incorporados a expedientes gubernativos*, conforme al artículo 21 de la Ley del Registro Civil.

Procede, así, subir un peldaño interpretativo en busca de un *criterio sistemático* que se desplegaría en tres planos, a saber: (i) poniendo en relación la palabra *documentos* con los demás términos del mismo artículo 6(3); (ii) situando el mismo artículo en el contexto de los demás preceptos de la propia Ley 3/2007, de 15 de marzo; y (iii) cohonestando las conclusiones obtenidas con las normas y principios generales del Derecho documental; así:

(i) Si relacionamos, en primer lugar, *documentos* con las palabras *duplicado* y *original*, que también nos refiere el artículo 6(3), habríamos de resolver en sentido favorable a la comprensión en el mismo precepto de las copias notariales, pues éstas son, efectivamente, duplicados o traslados de un original, su matriz. En sustento de ello, no sería ocioso recordar que la Ley 3/2007 es una *ley civil*, pues, según su disposición final primera, se dicta al amparo del artículo 149 (1) 8.º de la Constitución. Pero cuando se exige que se haga constar en el duplicado *oportuna expresión del mismo número del documento nacional de identidad o la misma clave registral que figurare en el original*, a mi juicio, el artículo se está refiriendo a original como documento anterior en el tiempo, que se sustituye o reemplaza, quedando privado de valor por el nuevamente expedido con los nuevos datos de nombre y sexo. Y ello no ocurre –ni puede ocurrir– en el documento notarial, porque nuestro sistema, como ya se ha dicho, es bi-instrumental; porque el original se conserva; y porque el duplicado sólo tiene fuerza en cuanto es exacta derivación de tal original que obra, además, en un protocolo secreto y de titularidad pública, sujeto a una cuidadosa regulación.

Esta conclusión se reforzaría, todavía dentro de la sistemática del precepto, atendiendo a las expresiones *nueva expedición de documentos*, por un lado, y *autoridades, organismos e instituciones*, por otro.

En efecto, la *nueva expedición de documentos* se referiría a documentos públicos *sin matriz*, como certificados académicos, municipales, policiales, de identidad u otros semejantes –los únicos tomados aparentemente en consideración, como se ha dicho, en las sucesivas etapas del *iter* parlamentario de la Ley–. Un instrumento público notarial –a salvo tasadas excepciones en el terreno de los testimonios– no circula original y, por consiguiente, no admite nueva expedición o, de otro modo, reexpedición. Se expidió, o, con más propiedad, se otorgó y autorizó una vez, en el momento de su creación, y no puede volverse a crear ese mismo *instrumentum* comprensivo del mismo contenido. A lo sumo, puede afectarse por otro posterior mediante el juego de las oportunas notas de referencia de las que nos habla el artículo 178 del Reglamento Notarial, en su relación con el artículo 1219 del Código Civil.

Asimismo, es discutible que el notario pueda entenderse incluido en este caso en el ámbito de la expresión *autoridades, organismos e instituciones*. En primer término, porque al estatuto profesional del notario la consideración de funcionario público le es solamente parcial; y, a continuación, y fundamentalmente, porque el notario *no expidió* documento alguno que haya de expedir de nuevo o reexpedir, sino que autorizó un documento original que las partes otorgaron y que se conserva en su protocolo, prevaleciendo siempre sobre cualquier copia discordante que se le pudiera oponer, conforme al artículo 1220 del Código Civil, del que me he ocupado;

(ii) La relación del artículo 6(3) con los demás preceptos de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, nos brinda nuevas pautas para avanzar en la interpretación de aquél desde un punto de vista sistemático.

En primera instancia, me parece muy oportuno prestar atención al artículo 5(3) de la Ley, a cuyo tenor, “*El cambio de sexo y nombre acordado no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral*”.

Del precepto transcrito se concluiría que si la persona que ha cambiado de sexo y de nombre y solicita la copia tenía interés legítimo a la misma o, incluso, derecho a copia, no por el cambio de sexo va a dejar de tenerlo. Hay una misma y única persona y, por tanto, *continuación de la personalidad*. El cambio de sexo, por consiguiente, no puede ser razón para denegar la expedición de copia a quien tenía derecho o interés legítimo a ella antes de la mutación. Este argumento parecería definitivo.

Sin embargo, entiendo que debería sostenerse, en sentido negativo a la expedición, que el cambio de sexo, obviamente, *no elimina ese derecho a la copia, pero tampoco confiere derecho a copia que no se corresponda en algún extremo con la matriz*. Se sigue ostentando derecho, faltaría más, a copia de la matriz, tal cual ésta está redactada, otorgada, autorizada y conservada en el protocolo. El interesado siempre podrá hacer valer, tanto *inter partes* como frente a terceros, los derechos derivados de la matriz exhibiendo la copia –literal– y acreditando que él es el mismo titular, con sexo y nombre distintos, acompañando, al efecto, certificación del Registro Civil, que hará fe y prueba frente a todos de la mutación, conforme al artículo 2 de la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957.

La propia Ley 3/2007, de 15 de marzo, incorpora, *a fortiori*, otros preceptos que justificarían la negativa a la expedición. Así, en el ámbito fiscal, apoyando el carácter administrativo de los documentos a que se refiere el artículo 6(3), anteriormente reproducido, es conveniente tomar en consideración la disposición adicional segunda y la disposición final cuarta:

— La primera de ellas, bajo el epígrafe “*reexpedición de títulos o documentos*” establece que “*a efectos de abono de tasas por reexpedición de los títulos o documentos, la rectificación de la mención del sexo en el Registro Civil no se considera causa atribuible a la persona interesada*”; y

— Por su parte, la disposición final cuarta modifica el artículo 4(2) de la Ley 84/1978, de 28 de diciembre, por la que se regula la tasa por expedición del Documento Nacional de Identidad, pasando a quedar exonerados del pago de tal exacción “*quienes hubieran de renovar preceptivamente su documento durante el plazo de vigencia del mismo por cambio de domicilio o de datos filiatorios o por cualquier circunstancia no imputable al interesado*”, no siendo atribuible al interesado la rectificación registral que nos interesa, según nos ha dicho la referida disposición adicional segunda.

Es muy indicativo, por tanto, que la disposición adicional segunda exima de *tasas* la reexpedición de títulos o documentos en el supuesto de la rectificación que nos concierne, por no considerarse imputable al interesado; o, en el mismo sentido, la modificación del artículo 4(2) de la Ley 84/1978, de 28 de diciembre. En esta línea de razonamiento, cabría, fundadamente, incluir los documentos notariales en el ámbito de aplicación del artículo 6(3) si, al estar regulados por arancel los derechos devengados por la actuación notarial, consideráramos tales derechos como tasas, al amparo de la disposición adicional tercera de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos.

Debe notarse, sin embargo, en sentido negativo, que *sólo* se exime, en caso de reexpedición, del pago de *tasas* —no de *impuestos*— sin preverse régimen alguno para el Impuesto sobre el Valor Añadido, que sería el tributo devengado por expedición de copia notarial, como prestación de servicios por sujeto pasivo del IVA, al amparo del artículo 11(2)1.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del impuesto.

Este argumento conduciría a negar la aplicación del artículo 6(3) de la Ley a la copia notarial, pues sería muy revelador en cuanto a que el precepto sólo se está refiriendo a los documentos administrativos, máxime si consideramos que la condonación de derechos arancelarios por el notario —la cual vendría exigida por la Ley conforme a las disposiciones indicadas— constituiría, a su vez, un supuesto de *autoconsumo* (11), también gravado con IVA, cuya aportación correspondería al notario de su propio bolsillo, si incluyéramos el documento notarial en el artículo 6(3) de la Ley a todos los efectos; y

(11) BLANQUER UBEROS, R. y RODRÍGUEZ-POYO GUERRERO, J. M.: “Legislación Fiscal”, *Cuadernos Notariales*, número 10, p. 144, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1997.

(iii) Para cerrar el círculo de un enfoque sistemático del artículo, es preciso trascender los límites de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, y leer el precepto en el contexto más amplio del Derecho notarial.

Conviene, en este punto, reiterar lo afirmado: el Derecho documental español se asienta en un criterio bi-instrumental y de redacción única. ¿Supondría, pues, el artículo 6(3) de la Ley una excepción a tal principio? El precepto es, desde luego, *lex posterior*; es, igualmente, norma de rango legal frente al rango reglamentario de las que regulan la copia notarial y exigen la nota de la literalidad; y sería, además, *lex specialis*, si en su tenor se pudiera comprender la copia notarial, lo que he venido argumentando hasta este punto en sentido negativo. La conclusión negativa a nuestra pregunta debería apoyarse, a mayor abundamiento, en que si el artículo 6(3) no prevé de forma explícita semejante posibilidad, y en tanto que esta posibilidad constituiría una excepción respecto de una regla general, esa norma especial debe interpretarse restrictivamente en cuanto a su aplicación a los instrumentos públicos protocolares. *Singularia non sunt extendenda*.

IV. Constatación de una laguna; cómo colmarla

De lo expuesto y razonado se concluye que el legislador, al dictar la Ley y habilitar en ella al transexual que obtiene las rectificaciones para solicitar la expedición gratuita de nuevos títulos, *no ha previsto –o ha excluido–* la posibilidad de que el sujeto pueda exigir la expedición de una copia notarial que recoja *recta via* su nueva identificación, y, desde luego, no ha hecho referencia alguna a una posible excepción a la literalidad como requisito sustancial de tales traslados o reproducciones que hace el notario de las matrices a su cargo.

No considero que deba apreciarse que el mero silencio de la Ley pueda comportar una deliberada exclusión de tal posibilidad. Parecería, más fundadamente, que el legislador *ni siquiera repara* en semejante eventualidad y que, sólo por ello, se ciñe al ámbito administrativo; y que, por el contrario, si hubiera considerado ese supuesto, sí, y gustosamente, lo habría regulado, con la mayor probabilidad, en sentido favorable. En esta afirmación ya bulle, por mi parte, una interpretación, en cuanto que no parecería admisible entender que del silencio sobre un extremo se deba derivar una interdicción del mismo (12). Y de lo que afirmo también se

(12) *Se estaría yendo demasiado lejos en todo caso cuando se formula esquemáticamente un “principio general negativo” a tenor del cual cuando el derecho positivo no prevé una consecuencia jurídica, no es admisible eo ipso la realización de la misma.* (ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, p. 176, trad. de E. GARZÓN VALDÉS, Guadarrama, Madrid, 1967).

estaría desprendiendo la existencia de una laguna legal, como deficiencia normativa por la cual una regulación jurídica resulta incompleta según el plan que se proponía cumplir (13).

No sé hasta qué punto es relevante desplegar aquí una teoría sobre las posibles tipologías de laguna sino en la medida en que ello fuera imprescindible para colmar la que aparece ante nosotros en el supuesto que nos ocupa. Se diría, fundamentalmente, siguiendo a LARENZ, que hay lagunas manifiestas y ocultas (14); que las primeras se llenan sobre la base de una estrategia analógica, y que las segundas se abordan mediante una extensión teleológica inmanente a la propia Ley. Se hablaría, con propiedad, de una laguna *manifiesta* cuando falta la regla, cuando la ley en cuestión no contiene norma alguna para un caso o para un grupo de casos; y, sin embargo, se afirmaría la existencia de una laguna *oculta o encubierta* cuando la ley introduce una norma –el artículo 6(3)– aplicable al caso o grupo de casos –nueva expedición de documentos con ocasión de la rectificación registral del sexo de la persona– que deja fuera supuestos específicos en los que concurre un rasgo particular ausente de la norma –en nuestro ejemplo, los instrumentos públicos protocolares y sus copias autorizadas (15).

El camino sería, consecuentemente, la *extensión de la Ley desde un punto de vista teleológico, finalista*, con apoyo en su propia *ratio* y, a la vez, en la *textura abierta* del orden jurídico (16), interpretando la propia Ley y los preceptos legales y reglamentarios reguladores del instrumento público notarial conforme a la Constitución –sin pretender desconocer, claro es, que la línea divisoria entre la interpretación extensiva y la integración de la norma, sustentadas ambas en apoyos teleológicos, no deja de ser, por demás, difusa (17).

La Exposición de Motivos de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, afirma rotundamente que la transexualidad es una realidad social que requiere una *respuesta del legislador con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad* de las personas interesadas. Se pone de manifiesto la clara intención de la Ley –o del legislador, o de ambos–, con apoyo en principios constitucionales, de conferir efectos civiles ple-

(13) RODRÍGUEZ MOLINERO, M.: *op. cit.*, p. 247.

(14) *Op. cit.*, pp. 363 y siguientes.

(15) RODRÍGUEZ MOLINERO, M.: *op. cit.*, p. 249.

(16) [...] *the open texture of the law means that there are, indeed, areas of conduct where much must be left to be developed by courts or officials striking a balance, in the light of circumstances, between competing interests which vary in weight from case to case* (HART, H. L. A.: *The Concept of Law*, p. 132, Clarendon Press, Oxford, 1961).

(17) ENGISCH, K.: *op. cit.*, pp. 185 y 186.

nos a la rectificación para que quien la obtenga pueda vivir con arreglo a su nueva condición a todos los efectos jurídicos (18). Así, igualmente, el artículo 5(2), a cuyo tenor *la rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a la nueva condición*.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre la Ley 3/2007 en varias sentencias, observando que se le ha de dar valor como *ampliación del ámbito de libre desarrollo de la personalidad* (19). Se trata de una serie de resoluciones que dan vía libre a la rectificación en procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley, sin necesidad de cirugía de *reasignación*, continuando y reforzando una línea progresiva que ya se había iniciado por varias Audiencias Provinciales en España y por algunos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (20).

Se observa, por tanto, que la tendencia valorativa general de esta cuestión avanzaría hacia criterios favorables a la protección de la persona que ha cambiado de sexo, máxime si, además, ya ha obtenido su rectificación registral.

Los tribunales tienen en cuenta, a la hora de interpretar las normas y de dar una solución jurídica a supuestos no regulados, criterios muy diversos. Así, junto a consideraciones puramente finalistas sobre la suficiencia de una normativa jurídica para la consecución material de concretos fines, es necesario apoyarse en una valoración ética, moral, cultural, e, incluso política o social, tanto del fin perseguido, en sí mismo, como de sus medios de consecución. En esa ponderación desempeñan un papel nada desdeñable las nuevas convicciones sociales y aquello a lo que BELING se refiere como *valoraciones de la clase dirigente*, que bien podrían hoy equivaler a lo que llamaríamos la *corrección jurídica* (21). En ese sentido, el propio Tribunal Supremo reitera la *disminución de la influencia del sexo*

(18) LLOVERAS FERRER, M. R.: "Una ley civil para la transexualidad", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2008, Barcelona, 2008.

(19) Singularmente, las SSTs de 17 de septiembre de 2007, de 28 de febrero de 2008, de 17 de julio de 2008 y de 18 de julio de 2008. Es interesante subrayar que la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, permeable a las nuevas tendencias jurisprudenciales, modificó su doctrina anterior, adoptando en sus resoluciones de 8 y de 31 de enero de 2001 un criterio favorable a la inscripción del matrimonio del transexual.

(20) Entre las sentencias de Audiencias Provinciales pueden destacarse la STAP de Barcelona de 17 de febrero de 2004, la STAP de Madrid de 15 de julio de 2004, la STAP de Valencia de 30 de diciembre de 2004, la STAP de Cádiz de 20 de abril de 2005, o la STAP de Valladolid de 23 de mayo de 2005. Por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, son destacables las sentencias de 11 de julio de 2002 y de 23 de mayo de 2006; y es muy interesante, igualmente, la sentencia *K. B. contra el Servicio Británico de Salud*, asunto C-117/2001, de 7 de enero de 2004, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

(21) Citado por ENGISCH, K.: *op. cit.*, p. 192.

en los comportamientos sociales y en las valoraciones jurídicas y su *progresiva irrelevancia en el tráfico jurídico*, amparadas, además, en la propia evolución legislativa, con referencia explícita a las Leyes 11/1981 y 30/1981, de 13 de mayo y de 7 de julio; 11/1990, de 15 de octubre; o 13/2005, de 1 de julio.

Hechas estas reflexiones, me parece definitivo, a la hora de adoptar una solución para este caso específico que se le puede plantear al notario, el recurso a una extensión de la norma –o interpretación amplia de la misma, si se prefiere– *conforme a la Constitución*, y, muy particularmente, a sus artículos 10, 15 y 18, que consagran la dignidad de la persona y el derecho al libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social, así como garantizan los derechos fundamentales a la integridad moral, y a la intimidad y honor del individuo. No es otra la *ratio* de la Ley 3/2007, si recordamos, por su parte, la Exposición de Motivos y las recientes afirmaciones jurisprudenciales.

La Constitución, no se olvide, es una verdadera norma jurídica (22), lo que exige aplicar directamente sus preceptos, de rango superior a los legales por consagrar principios y valores que inspiran el orden jurídico concreto; y ello justificaría la reivindicación de una respuesta favorable a la solicitud de expedición de copia no literal (23). Se trata de un supuesto en que el legislador no prevé una regulación concreta de desarrollo de un derecho fundamental y en el que el funcionario que ha de responder con arreglo a derecho no puede basarse exclusivamente en la norma de rango legal, que no se ha anticipado al hecho. No hay más remedio, en-

(22) *Vid.*, en ese sentido, los artículos 9(1) y 53(1) de la Constitución. GARCÍA DE ENTERRÍA subraya, sobre la base de los mismos, el carácter normativo y la fuerza vinculante de la Constitución, como expresión de la supremacía de la misma sobre todo el orden jurídico. El mandato general del artículo 9(1) se especifica, en el terreno de los derechos fundamentales, en la cláusula del artículo 53(1), que, como correlato del parágrafo 1(3) de la Ley Fundamental de Bonn, añade un *plus* que consiste, precisamente, en que tal regulación tiene el carácter de derecho directamente aplicable, sin necesidad del intermedio de una ley (GARCÍA DE ENTERRÍA E.: “La Constitución como norma jurídica”, en *La Constitución Española de 1978 – Estudio sistemático dirigido por los Profesores Alberto Pedrieri y Eduardo García de Enterría*, pp. 127 y ss., Civitas, Madrid, 1981).

(23) No se olvide que al notario, en cuanto guardián de un protocolo de propiedad pública, como función en la que se pone de manifiesto nitidamente su vertiente funcional, le es directamente, o *verticalmente*, invocable la protección de un derecho fundamental, sin necesidad de recurso al conocido expediente de la eficacia *inter partes* de los derechos fundamentales –con origen, como sabemos, en la doctrina alemana de la *Drittwirkung der Grundrechte*–. En esta línea de razonamiento, nótese que según el artículo 41(2) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, cabe amparo frente a violaciones de derechos y libertades que tengan su origen en disposiciones, actos jurídicos o simples vías de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas o de sus *autoridades, funcionarios o agentes* (la cursiva es mía).

tonces, que apelar a la eficacia inmediata del derecho fundamental reconocido y garantizado en el texto constitucional. La *vinculatoriedad* de los derechos fundamentales, que proclaman los artículos 9(1) y 53(1) de la Constitución, exige –a todo órgano del Estado obligado a tomar una decisión o a emitir un juicio jurídicamente fundamentado– no sólo comprobar la conformidad de la Ley con los derechos fundamentales, sino también aplicar la norma en función de los mismos (24).

Este razonamiento, que considero la clave de la resolución de nuestro nudo problemático, tiene, además, su corolario en otro precepto de la Ley 3/2007 al que, hasta ahora, no he hecho mención, a saber, su artículo 7, según el cual *no se dará publicidad sin autorización especial de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de la persona*.

Efectivamente, si para que la persona que ha rectificado su sexo y, en su caso, su nombre, pueda ejercitar un derecho sobre la base de una copia autorizada se considerara rigurosamente preciso acreditar con una certificación literal del Registro Civil que se trata de la misma persona que figura en la matriz, pero que ha cambiado de sexo y de nombre, ello llevaría consigo una lesión a su derecho, consagrado en el artículo 7, de que no trascienda la causa del cambio de nombre –ni el cambio mismo– con la consecuente agresión al derecho fundamental a la intimidad y al honor y a su propia dignidad personal e integridad moral (25).

El artículo 7 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, constituiría, así, una aplicación concreta del principio de limitación de la publicidad registral civil respecto de datos reservados, conforme al derecho constitucional, a la intimidad personal y familiar, consagrado en el artículo 18 de la Constitución, y al derecho al respeto a la vida privada y familiar conforme al artículo 8 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950. En ese sentido, también cabe destacar los artículos 51 de la Ley del Registro Civil y 21 y 22 de su Reglamento, de 14 de noviembre de 1958, así como las RRDGRN de 20 de mayo de 1995 y de 5 de febrero de 1996 y la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. La idea subyacente a tales preceptos, acompañados del artículo 6 de la propia Ley del Registro Civil, es *conjugar*

(24) GARCÍA RUBIO, M. P.: “La eficacia *inter privatos* (*Drittwirkung*) de los derechos fundamentales”, *Libro Homenaje a Ildelfonso Sánchez Mera*, tomo I, pp. 298 y 299, Colegio Notarial de La Coruña-Consejo General del Notariado, Madrid, 2002.

(25) El honor, según DE CASTRO, es *la propia estimación por la persona de su dignidad*; y la intimidad se define por NIZER como *el derecho del individuo a una vida retirada y anónima* (DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, p. 355, Tecnos, Madrid, 1992). Por su parte, la dignidad –que lleva de la mano el libre desarrollo de la personalidad– se ha definido por la STC 53/1985, de 11 de abril, como *valor espiritual inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás*.

la eficacia general del Registro con el respeto a la dignidad e intimidad de la persona que puede querer no se divulguen ciertas circunstancias (26).

No es ocioso recordar, a mayor abundamiento, la caracterización de los derechos a la intimidad y al honor como *derechos de la personalidad* –o como *bienes jurídicos*, en la terminología de DE CASTRO–, cuyo respeto se fundamenta en los principios generales del Derecho (27) y que gozan de eficacia general o *erga omnes*, tutelables a través de la vía jurisprudencial sumaria –o, incluso, en amparo–, conforme al artículo 53(2) de la Constitución y resarcibles *ex* artículo 1902 del Código Civil. Es dado exigir, pues, una interpretación extensiva de las normas reguladoras de estos derechos, susceptibles, por otra parte, de integración por remisión a textos internacionales ratificados por España, por mandato del artículo 10(2) de la Constitución (28).

V. Contradicción entre el sistema y el artículo 6(3); cómo considerarla salvada

Si la línea argumental hasta aquí seguida nos lleva a concluir que el artículo 6(3) –en su relación con los 5(2), 5(3) y 7– de la Ley 3/2007, de la mano de los artículos 10, 15 y 18 de la Constitución, legitima al notario para la expedición de copia con diferentes nombre y sexo, habría que convenir que, en la colisión entre ambos valores, estaríamos concediendo prevalencia a la intimidad sobre la seguridad jurídica, otro valor constitucional, también *rígido*, pues se ubica en el título preliminar de la Carta Magna.

No creo, empero, que la vía adecuada para salvar ese escollo deba ser el recurso a una *jeraquía* de valores constitucionales, sin perjuicio de que ello pueda sostenerse. La cuestión radica, a mi juicio, con más finura, en poner de manifiesto que la expedición de una copia no literal, en este caso, y con las debidas garantías de identificación de *quien era y es el mismo titular*, no debe comportar ninguna quiebra de la seguridad jurídica, quedando así salvaguardados, como compatibles, todos los valores y derechos fundamentales en juego.

Descendiendo, de nuevo, al rango reglamentario y al derecho estrictamente notarial, podemos argumentar, además, en sentido favorable a la pre-

(26) DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J.: *Lecciones prácticas sobre Registro Civil*, pp. 25 a 28, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1993.

(27) El recurso a los principios generales del derecho permitió al Tribunal Supremo en la famosa sentencia de 6 de diciembre de 1912 acordar la protección del honor (DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *op. cit.*, p. 338).

(28) DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *op. cit.*, pp. 341 a 343.

tensión del interesado, que el Reglamento Notarial, en sus artículos 237 y 246, admite la posibilidad de copias parciales, o, incluso, de copias *en relación* (29), lo que lleva a la tajante afirmación de GIMÉNEZ ARNAU de que *la literalidad no hay que entenderla en un sentido total o absoluto* (30). También son interesantes, en ese sentido, las observaciones de ANDRINO HERNÁNDEZ, muy relacionadas con el particular, en concreto, sobre cómo tras la Ley del Notariado –incluso tras sus más recientes reformas, como la operada por la Ley 36/2006, y tras la versión de 19 de enero de 2007 del Reglamento Notarial– han existido manifestaciones en lo referente a la expedición de copias que, estando en consonancia con el sistema anterior a la Pragmática de Alcalá, no lo están con ésta ni con la propia Ley indicada, por considerar a la matriz como una simple etapa hacia la culminación de un proceso que se produce con la autorización de la escritura signada, aunque ahora se la llame copia; y nos brinda ejemplos de la *alargada sombra medieval* del sistema de engrosamiento, aún pervivientes (como la mención del número, de la nota de expedición o del solicitante; como la declaración de fidelidad, concordancia o exactitud; o, incluso, como el nuevo artículo 254 *in fine* del Reglamento, que deja entrever, a su juicio, reminiscencias de la *imbreviatura*), todos comprensibles dentro de un material *desechable por obvio, redundante o irrelevante* (31).

La admisión, pues, de ambas modalidades de copia, literal y *en relación*, constituiría, *prima facie*, una excepción a la regla de integridad y, por ende, a la de literalidad (32).

La reforma del párrafo primero del artículo 237, por virtud del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, cuya legalidad, por otra parte, confirmó la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008, ahonda en esa línea de razonamiento. En efecto, de un criterio limitativo, en cuanto al contenido negocial de la matriz susceptible de copia parcial así como a las partes de dichas matrices susceptibles de omisión, se ha pasado, con la nueva redacción, a la ausencia de restricción en cuanto a tipos negociales o partes omitibles de los mismos, prevaleciendo, en consecuencia, a la hora de decidir, o no, sobre la expedición de una copia

(29) TAMAYO CLARES, M.: *op. cit.*, p. 223.

(30) La copia es reproducción literal que debe corresponder rigurosamente con el original. Pero la literalidad no hay que entenderla en un sentido total y absoluto, pues el Reglamento autoriza la expedición de copias parciales o en relación (arts. 237 y 246) y adopta las garantías precisas para la veracidad de tales traslados, imponiendo al notario la obligación de hacer constar que la parte no testimoniada no altera, desvirtúa o de algún modo modifica o condiciona la que sea objeto de testimonio (GIMÉNEZ ARNAU, E.: *Derecho Notarial*, p. 828, Universidad de Navarra, Pamplona, 1976).

(31) *Op. cit.*, pp. 56, 60 y 73.

(32) El propio GIMÉNEZ ARNAU, en una de sus tipologías de copias opone las totales –a las que también llama *literales*– a las parciales (*op. cit.*, p. 829).

parcial, el buen juicio del notario titular del protocolo (33), que se consolidaría como garantía clave de la veracidad del traslado (34).

Por consiguiente, la exigencia de que, en caso de copia parcial, el notario haga constar que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja, modifique o condicione lo inserto, permitiría interpretar, con fundamento, que el Reglamento faculta al notario para expedir copia parcial –y, por tanto, para exceptuar las reglas de integridad y de literalidad– si, a su prudente criterio, de ello no se deriva para las partes interesadas ni para terceros el perjuicio que ocasionaría una copia no coincidente, en el sentido de distinta o no equivalente respecto de su matriz. De ahí que, precisamente, admita, incluso, la posibilidad de relacionar o extractar lo omitido, siguiendo la técnica propia de cierto tipo de testimonios, lo que apuntalaría el argumento –pues si es en relación no puede, de ninguna manera, ser literal, al reproducirse, como dice ÁVILA, *con distintas palabras o en resumen* las mismas ideas del original (35).

El razonamiento propuesto, para concluir, encontraría también apoyo positivo, a mi entender, en la letra y en el espíritu del artículo 153(4) del Reglamento Notarial, fundado, según GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, en *obvias y plausibles razones de economía y sencillez* (36). Esta disposición –que trae su origen en la reforma reglamentaria de 1967–, al regular la técnica notarial de la subsanación de una escritura –bien sea por diligencia en la propia matriz, bien por medio de acta– dispone, explícitamente, para el caso de recurso a la diligencia, que si ésta se extiende *antes* de la expedición de copias, *no precisará ser trasladada en éstas, bastando transcribir la matriz*

(33) GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: *Nueva Legislación Notarial Comentada*, tomo I, p. 673, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007.

(34) Es revelador, en esa dirección, el fundamento de derecho trigésimosexto de la STS (3.ª) de 20 de mayo de 2008 en cuanto afirma que [...] *la Ley del Notariado, si bien no prevé las copias parciales, tampoco las excluye, no ya sólo de forma directa sino indirecta, pues no se expresa la necesidad de que las mismas deban ser en todo caso íntegras por lo que la previsión reglamentaria de las mismas no supone una contradicción o vulneración de dicha Ley y no carece de justificación en cuanto responda a la finalidad y objeto de la expedición de copias de dar satisfacción a los otorgantes y demás legitimados para su solicitud en la medida interesada por los mismos, que no necesariamente comprende la totalidad del instrumento público de que se trate. Tampoco compartimos el planteamiento de la parte [...] de que la determinación del contenido de la copia parcial queda al arbitrio del Notario [...] pues el propio precepto, tras determinar que la expedición de la copia parcial se expide a instancia de parte legitimada, añade que ello tendrá lugar atendiendo al requerimiento e interés del solicitante, circunstancias que delimitan la respuesta del Notario y que ha de valorar en su función técnica, valoración de la que, además, ha de dejar constancia bajo su responsabilidad, en el sentido de que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja, modifique o condicione lo inserto [...]*. El subrayado es mío.

(35) Citado por TAMAYO CLARES, M.: *op. cit.*, p. 283.

(36) Citado por GIMÉNEZ ARNAU, el cual subraya cómo el propio GONZÁLEZ ENRÍQUEZ aboga por interpretar la novedad con *una cierta amplitud* (*op. cit.*, p. 443).

conforme a su redacción rectificada. El precepto, por consiguiente, ampara una copia no literal, abonando la idea razonable de que en el Derecho Notarial Español una copia no literal no constituye *per se* una quiebra de la seguridad jurídica, ni tiene por qué originar, de suyo, un perjuicio conatural a las partes o a terceros.

VI. Cautelas del notario para acceder a la petición; *iter* documental hacia la expedición

No obstante lo que se termina de exponer, en el caso del artículo 6(3) de la Ley 3/2007, no basta a la garantía de la veracidad el que el notario expida la copia portadora de las alteraciones operadas con una mención genérica a la no afectación de su valor. Lo particular del supuesto y su carácter extraordinario harían exigibles, a mi juicio, especiales precauciones por parte del notario (37). Efectivamente, para que éste pueda acceder a la expedición de la copia se le deben facilitar las bases documentales –o, en su caso, testificales (38)– que le permitan llegar al convencimiento (i) de que se ha llevado a cabo una rectificación registral del cambio de sexo, con el consiguiente nuevo nombre, en su caso (39), de acuerdo con la Ley 3/2007, a través de la pertinente resolución judicial ordenante de la rectificación; y (ii) de que el sujeto es el mismo, esto es, de la identidad y continuación de la personalidad jurídica del inscrito:

(i) En primer lugar, en mi opinión, el notario debe exigir un testimonio original de la resolución judicial del encargado del Registro Civil del domicilio del solicitante, que es, según el artículo 3 de la Ley, la autoridad competente para conocer de las solicitudes de rectificación.

(37) Ni que decir tiene que, *de lege ferenda* sería deseable una regulación de este supuesto que estableciera de modo nítido la posibilidad de expedición, las garantías y cautelas que debieran adoptarse al efecto y que previera, si la expedición es gratuita, en consonancia con la disposición adicional segunda de la Ley, la oportuna exención del Impuesto sobre el Valor Añadido, que, de otro modo, habría de sufragar el notario o el interesado.

(38) Entiendo que cabría admitir en este supuesto una prueba testifical, siempre complementaria –nunca alternativa– de una prueba documental. Cabría, a mi juicio, por analogía con otras actuaciones notariales *de jurisdicción voluntaria*, como las declaraciones de herederos abintestato, en las que el notario se limita a declarar la existencia de un derecho resultante de la aplicación directa de la ley, una vez contrastada por él la concurrencia de ciertos presupuestos fácticos a los que la ley anuda la atribución de un derecho. Desde este punto de vista, acaso no fuera demasiado atrevido aventurar que la expedición de copia en el muy concreto supuesto que nos ocupa pudiera revestir cierto carácter de acto de jurisdicción voluntaria.

(39) Según el artículo 2(1) *in fine* de la Ley, no es necesario proceder a la rectificación registral del nombre propio si éste no es contrario a los requisitos establecidos en la Ley del Registro Civil.

Ese testimonio debe acompañarse de la evidencia documental del cumplimiento de la resolución judicial, es decir, de certificación literal del Registro Civil expresiva de la rectificación y de su causa, aportada con el consentimiento del interesado, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley, y con la garantía de privacidad para el mismo interesado que se deriva del secreto del protocolo y de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Debería exigirse, asimismo, la exhibición de nuevo libro de familia, acorde a la rectificación; y

(ii) El notario debe cerciorarse, simultáneamente, de que la persona con diferente sexo y, en su caso, nombre, es el mismo sujeto identificado en la matriz. Éste es un elemento clave y sobre ello debe ponerse especial énfasis (40).

Para llegar a esta convicción, prácticamente bastarían al notario los documentos a que ya se ha hecho referencia. No obstante, me interesa subrayar que la propia Ley, en su artículo 6(2), tras *obligar* al transexual a solicitar la expedición de nuevo documento nacional de identidad ajustado a la inscripción registral rectificadora, hace hincapié en que en todo caso *se conservará el mismo número* del documento nacional de identidad. Al notario, en consecuencia, le debe ser acreditado fehacientemente –normalmente mediante certificado u otro documento firmado por el funcionario competente de la Policía Nacional– que el número que figura en la tarjeta nuevamente expedida no ha cambiado por causa de la rectificación registral.

Una vez contrastados todos estos extremos –y siempre, por supuesto, que el interesado tenga derecho a copia–, el notario estaría facultado –e, incluso, podría sostenerse que *obligado*– a expedirla. Su actuación, en aras de la protección de la seguridad jurídica –y dadas las extraordinarias particularidades del supuesto–, exigiría, a mi juicio:

1.º Una previa solicitud –o, mejor, requerimiento– del interesado, que habría de documentarse en forma de *acta*, con incorporación de todos los documentos originales a que he hecho mención. De la autorización de esta acta de requerimiento se debería extender *nota de referencia* en la matriz;

2.º Una vez aceptado el requerimiento, autorizada el acta y puesta nota de referencia, previas las convicciones del notario, éste debe exten-

(40) La regulación se dirige a constatar la existencia de una mutación de datos identificativos del individuo en el tráfico que no afectan, sin embargo, a su personalidad, inalterada desde el nacimiento *ex* artículo 29 del Código Civil, manteniéndose, igualmente, inalterados sus derechos y obligaciones conforme al artículo 5(3) de la Ley 3/2007.

der *diligencia en la matriz* mediante la cual se deje constancia expresa en el original protocolado de que una de la personas que en él aparecen como titulares de algún derecho –indicando cuál– ha rectificado la mención registral de su sexo y, en su caso, de su nombre; y

3.º Finalmente, como última cautela, se practicaría *nota de expedición de copia* en la que se ponga de manifiesto, una vez más, el cambio operado, con constancia explícita de que *tal copia no coincide, por esa razón, con las que ya se hubieran expedido de la misma matriz*.

De este modo, mediante un adecuado sistema de notas y diligencias se permite que, por virtud de cotejo con la matriz (41), se llegue a la evidencia de que la persona a cuyo favor se ha expedido la copia y que, por *principio de presentación*, ejercita sus derechos en el tráfico jurídico, es la misma que adquirió ese derecho *ab initio*, sin lesión o menoscabo de su dignidad o intimidad y sin merma de seguridad jurídica. Y, con ello, me parece que el notario estaría en condiciones de dar por razonablemente bien cumplida su misión.

VII. Anexo: modelos sugeridos de acta complementaria, de nota de referencia, de diligencia en la matriz y de nota de expedición de copia

1. ACTA COMPLEMENTARIA DE [escritura / acta de ____].-----

====oooOOOooo====

NÚMERO [____] -----

En [____], mi residencia, a [____] -----

Ante mí, [____], Notario del Ilustre Colegio de [____], -----

===== COMPARECE: =====

DON/DOÑA [____], mayor de edad, [estado civil], [profesión], vecino de [____],
calle de [____], número [____], con Documento Nacional de Identidad y Número
de Identificación Fiscal [____]. -----

===== INTERVIENE: =====

En su propio nombre y derecho. -----

(41) Recuérdense, de nuevo, los artículos 1219 y 1220 del Código Civil y 178 del Reglamento Notarial.

===== EXPONE: =====

1.º Que, por virtud de auto judicial dictado el día [....] por el Juez Encargado del Registro Civil de [....], Don/Doña [....], resultante del expediente número [....], con informe favorable del Ministerio Fiscal, y al amparo de lo prevenido en la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la modificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, se acordó acceder a la modificación registral de sexo de Doña/Don [....], que consta al tomo [....], página [....] del Registro Civil de [....], a efectos de que, en lo sucesivo, se haga constar su condición de VARÓN/MUJER y de que su nombre sea [....].-----

Así resulta de testimonio del referido auto, expedido el día [....] por Don/Doña [....], Secretario del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de [....], original, del que el compareciente me hace entrega y que yo, el Notario, dejo incorporado a esta matriz; -----

2.º Que, en cumplimiento de la referida resolución judicial, con fecha de [....], el Juez de Paz de [....], Don/Doña [....], extendió nota marginal al tomo [....], página [....], de la Sección [....] del Registro Civil de [....], reflejando la modificación registral de sexo de la/del inscrita/o en tal página, a saber, Doña/Don [....], para que, en lo sucesivo, se haga constar su condición de VARÓN/MUJER y que su nombre sea [....]. -----

Así resulta de certificado literal del Registro Civil de [....], expedido por el Juez de Paz de dicha localidad, Don/Doña [....], con fecha de [....], a petición del interesado y conforme a lo dispuesto en el artículo 7 de la referida Ley 3/2007, de 15 de marzo, cuyo original, que el compareciente me entrega, yo, el Notario, incorporo a esta matriz; -----

3.º Que, como consecuencia de lo expuesto, se le ha expedido nuevo Documento Nacional de Identidad (DNI) por las autoridades competentes, el cual me exhibe y cuya fotocopia queda incorporada a la matriz; y que el número de dicho DNI es el mismo que le correspondía con anterioridad a la rectificación registral del sexo y del nombre, según se desprende de certificación original expedida por la Comisaría de [....] y firmada por el Inspector-Jefe del Cuerpo Nacional de Policía, Don/Doña [....], con fecha de [....], cuyo original uno a la presente matriz; -----

4.º Que, en ejecución, igualmente, del indicado auto judicial, se ha expedido nuevo Libro de Familia a favor del interesado, que éste me exhibe, y del que consta: (i) que es hijo/a de Don/Doña [....] y de Doña/Don [....]; (ii) que son sus hermanos [....]; y que, en su página, sellada y firmada por el secretario/a Don/Doña [....], con fecha de [....], se refleja su nuevo nombre, [....], hijo de [....] y de [....], nacido/a el día [....], con indicación sellada del tomo [....] y página [....] del Registro Civil de [....]. -----

Yo, el Notario, incorporo a la matriz fotocopia de las páginas cumplimentadas del referido Libro de Familia, que he tenido a la vista. -----

Hechas por el compareciente las manifestaciones expuestas y entregados a mí, el Notario, los documentos referidos, el compareciente, Don/Doña [...], apreciado por mí en él/ella el interés legítimo necesario al efecto, -----

===== ME REQUIERE: =====

1. Para que yo, el Notario, al amparo de los artículos 5(2), 5(3), 6(3) y 7 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, y de los artículos 10 y 18 de la Constitución Española, extienda nota de referencia a la presente acta complementaria en la matriz de [...], que fue autorizada por el Notario de [...], Don/Doña [...], con fecha de [...], bajo el número [...] de su protocolo, hoy a mi cargo, a fin de que de la lectura de dicha matriz se tenga constancia: (i) de la actual condición de VARÓN/MUJER de Doña/Don [...]; y (ii) de que su nombre es el de [...]; y -----

2. Para que expida a su favor copia autorizada de la citada matriz, que fue autorizada por el Notario de [...], Don/Doña [...], con fecha de [...], bajo el número [...] de su protocolo, hoy a mi cargo, en las que figure su nuevo nombre, es decir, [...], en lugar de su nombre anterior, [...]. -----

Yo, el Notario, acepto el requerimiento con apoyo en los referidos preceptos legales y constitucionales y sobre la base de los documentos enumerados, que, como se ha dicho, se incorporan a esta matriz, los cuales, a mi juicio, son bastantes para acreditar fehacientemente y *erga omnes* que Doña/Don [...] es, hoy, Don/Doña [...]. -----

2. NOTA DE REFERENCIA: En la fecha de hoy, [...], yo, [...], Notario del Ilustre Colegio de [...], con residencia en [...], hago constar que, por virtud de acta complementaria autorizada por mí, con fecha de [...], bajo el número [...] de mi protocolo, Don/Doña [...], mayor de edad, [estado civil], [profesión], vecino de [...], en la calle de [...], con DNI y NIF número [...], me ha requerido para que expida a su favor copia autorizada de la presente matriz, con sustitución de su nombre anterior, a saber, [...], por el actual, [...], al amparo de los artículos 5(2), 5(3), 6(3) y 7 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas y de los artículos 10 y 18 de la Constitución Española. -----

Yo, el Notario, accedo a tal petición con apoyo en los referidos preceptos legales y sobre la base de los documentos que enumero, incorporados a la matriz del acta complementaria a que queda hecha referencia, los cuales, a mi juicio, son bastantes para acreditar fehacientemente y *erga omnes* que Doña/Don [...] es, hoy, Don/Doña [...], y que son los siguientes:

1. Testimonio de auto judicial evacuado por el Juez encargado del Registro Civil de [...], Don/Doña [...], en el que se acuerda la rectificación registral de sexo y de nombre del interesado;

2. Certificación del Registro Civil de [...], expresiva de los referidos cambios;

3. Certificaciones de la Comisaría de Policía de [...], acreditativas de la subsistencia del mismo número de Documento Nacional de Identidad tras los cambios operados; y

4. Nuevo Libro de Familia.

De todo ello, conforme queda expuesto, yo, el Notario, DOY FE.-

3. DILIGENCIA: En [...], a [...], yo, [...], Notario del Ilustre Colegio de [...], con residencia en la referida localidad, HAGO CONSTAR: que, en cumplimiento del requerimiento aceptado por mí, que me fue formulado por Don/Doña [...] en acta complementaria de escritura/acta de [...], autorizada por mí con fecha de [...], bajo el número [...] de mi protocolo ordinario, he llevado a efecto las siguientes actuaciones: -----

1. He extendido, al amparo de los artículos 5(2), 5(3), 6(3) y 7 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, y de los artículos 10 y 18 de la Constitución Española, nota de referencia a la indicada acta complementaria en la matriz de [...], que fue autorizada por el Notario de [...], Don/Doña [...], con fecha de [...], bajo el número [...] de su protocolo, hoy a mi cargo, a fin de que conste en dicha matriz: (i) la actual condición de VARÓN/MUJER de Doña/Don [...] y (ii) que su nombre es el de [...]; y -----

2. He expedido, a favor de Don/Doña [...], copia autorizada de [...] que fue autorizada por el Notario de [...], Don/Doña [...], con fecha de [...], bajo el número [...] de su protocolo, hoy a mi cargo, en la que figura su nuevo nombre, es decir, [...], en lugar de su nombre anterior, [...]. -----

4. NOTA DE EXPEDICIÓN DE COPIA: En la fecha de hoy, [...], yo, [...], Notario del Ilustre Colegio de [...], con residencia en [...], expido, a requerimiento de Don/Doña [...], copia (parcial) de la presente matriz, haciendo constar que la copia que ahora expido no coincide con las anteriormente expedidas por causa del cambio de sexo y nombre de Doña/Don [...], la/el cual, al amparo de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, ha pasado a llamar-

se [...]. La copia queda extendida en ____ folios de papel del Timbre del Estado, exclusivo para documentos notariales, de la serie ____, números ____ y los ____ siguientes en orden correlativo. De todo ello, yo, el Notario, DOY FE.-

VIII. Bibliografía

- ANDRINO HERNÁNDEZ, M.: "Copias notariales: su normativa y práctica en el sistema protocolar", *Revista Jurídica del Notariado*, número 63, julio-septiembre 2007, Madrid, 2007.
- BLANQUER UBEROS, R. y RODRÍGUEZ-POYO GUERRERO, J. M.: "Legislación Fiscal", *Cuadernos Notariales*, número 10, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1997.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, volumen I, Tecnos, Madrid, 1992.
- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J.: *Lecciones prácticas sobre Registro Civil*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1993.
- ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de E. GARZÓN VALDÉS, Guadarrama, Madrid, 1967.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "La Constitución como norma jurídica", *La Constitución Española de 1978 – Estudio sistemático dirigido por los Profesores Alberto Pedriani y Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1981.
- GARCÍA RUBIO, M. P.: "La eficacia *inter privatos* (*Drittwirkung*) de los derechos fundamentales", *Libro Homenaje a Ildelfonso Sánchez Mera*; tomo I, Colegio Notarial de La Coruña-Consejo General del Notariado, Madrid, 2002.
- GIMÉNEZ ARNAU, E.: *Derecho Notarial*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1976.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: *Nueva Legislación Notarial Comentada*, tomo I, p. 673, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007.
- HART, H. L. A.: *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961.
- LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. por M. RODRÍGUEZ MOLINERO, Ariel, Barcelona, 1994.
- LLOVERAS FERRER, M.-R.: "Una ley civil para la transexualidad", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2008, Barcelona, 2008.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: "El Protocolo y la redacción por extenso", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XLIII, Madrid, 2007.
- RAMS ALBESA, J.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2007", en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.): *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, volumen 1.º (2005-2007), Dykinson, Madrid, 2008.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "La prueba documental en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *Ensayos de Actualidad de Escritura Pública*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003.

- RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "Comentario a la sección *De los Documentos Públicos* – Artículos 1216 a 1224 del Código Civil", en *Escritos Jurídicos*, tomo III, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.
- "Escrituras, contraescrituras y terceros", en *Escritos Jurídicos*, tomo III, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.
- RODRÍGUEZ MOLINERO, M.: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Cervantes, Salamanca, 1991.
- TAMAYO CLARES, M.: *Temas de Derecho Notarial*, Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, Granada, 2001.

EL VALOR DEL SILENCIO EN EL ÁMBITO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO: COMUNICACIONES, PRODUCTOS Y SERVICIOS NO SOLICITADOS (1)

DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ
*Becario de investigación
del Ministerio de Educación y Ciencia*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LAS COMUNICACIONES COMERCIALES NO SOLICITADAS. 3. EL SILENCIO EN MATERIA DE COMERCIO ELECTRÓNICO. 4. VIRTUALIDAD DE LA AUTORREGULACIÓN SOBRE EL PARTICULAR. 5. BIBLIOGRAFÍA.

(1) El autor del presente trabajo desea manifestar su más sincero agradecimiento, por las sugerencias realizadas, a don Francisco Javier García Más, notario y ex letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

1. Introducción

Desde los orígenes de la humanidad, el crecimiento y expansión de la población y, en definitiva, de la sociedad en su conjunto, ha dado lugar a la aparición de diferentes tecnologías. Estas tecnologías, de una u otra forma, han facilitado el desarrollo de la sociedad y nos han dotado de herramientas para afrontar problemas que, hasta entonces, no tenían solución con los medios existentes en ese espacio temporal.

En la actualidad, las tecnologías que en mayor medida están influyendo en la sociedad son las relacionadas con la informática y las comunicaciones. De hecho, se ha llegado a afirmar que estamos en un nuevo tipo de sociedad denominada Sociedad de la información.

Si nos paramos a reflexionar sobre los cambios surgidos en la sociedad derivados de las nuevas tecnologías, la primera idea que nos viene a la mente es el gran avance que supone en numerosos ámbitos como, entre otros, el laboral, el personal, el ocio, etc. En definitiva, cualquier ámbito que podamos hoy día imaginar está, en mayor o menor medida, imbuido por una cierta presencia de las nuevas tecnologías. Las posibilidades abiertas por las novedades tecnológicas son, qué duda cabe, potencialmente ilimitadas y con toda probabilidad inimaginables hace muy pocas décadas.

La importancia de estas tecnologías no se queda confinada a un segundo plano. En absoluto, ya no son una mera herramienta de comunicación o trabajo, sino que a día de hoy podemos manifestar que son una de las causas fundamentales del cambio estructural de la sociedad. Esta modificación es visible tanto a nivel económico, donde las nuevas tecnologías constituyen uno de los motores fundamentales del crecimiento, como en las relaciones sociales, que han cambiado radicalmente en los últimos años.

En definitiva, las nuevas tecnologías han irrumpido en nuestras vidas hace relativamente poco tiempo, siendo la valoración general que las mismas merecen positiva. Sin embargo, debemos reconocer que los usos que de tales avances tecnológicos se realizan no siempre son los más correctos. Así, por ejemplo, en el ámbito publicitario, cabe la posibilidad de que, en ocasiones, se recurra a prácticas comerciales agresivas y desleales (2) que, como es conocido, se sirven, cada vez en mayor medida, de novedosas técnicas. Buen ejemplo de cuanto manifestamos viene determinado por el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas –a través de distintos medios como el correo electrónico, telefónico, *sms* y fax–, que se realizan mediante el empleo de dispositivos automáticos.

(2) Tal aspecto ha sido destacado, entre otros, por GARCÍA MÁS (2007).

Tanto el último supuesto enunciado como otras prácticas comerciales particularmente agresivas, cuales, entre otras, son la remisión de bienes o la prestación de servicios no solicitados presentan ciertos caracteres comunes entre los que destaca el hecho de que todas ellas son no deseadas, ya que no se ha prestado consentimiento –tácito, expreso o presunto– por parte del consumidor y usuario destinatario de las mismas, sino que lo único que, en todos los supuestos referenciados, existe es silencio del afectado que, como determina tanto la doctrina como la jurisprudencia (3), no puede interpretarse, con contadas excepciones, en el sentido de autorización otorgada al efecto y más, si cabe, en el ámbito en el que nos movemos, en el que el propio legislador anuda al silencio consecuencias jurídicas realmente significativas dado que permite que el destinatario del bien y/o servicio se apropie del mismo sin necesidad de abonar cantidad económica alguna.

Aunque es cierto que toda actividad publicitaria o promocional genera, en principio, un cierto grado de molestia para el consumidor (4) –ya que a nadie le agrada que, por ejemplo, le interrumpan su programa favorito con anuncios o que el periódico o revista que se lee contenga un número nada desdeñable de páginas dedicadas a publicidad–, el malestar que implican las prácticas que en el presente estudio abordaremos es, si cabe, mucho mayor que el habitual pues suponen una invasión, desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, de nuestra privacidad realmente importante.

Nos encontramos ante prácticas comerciales especialmente molestas a las que se ha tratado de poner freno por el legislador. En efecto, en ciertas ocasiones lo ha sido por parte de la normativa europea y, fruto de la transposición de la misma, por la nacional.

Un ejemplo relativamente reciente en el tiempo viene, en este sentido, representado por 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 –Directiva de Prácticas Comerciales Desleales–, que trata de poner fin a las actuaciones comerciales, como las que comentamos, especialmente molestas para el consumidor y/o usuario. Tal norma comunitaria debía ser transpuesta al ordenamiento jurídico nacional antes del 12 de junio de 2007. Aunque tal actuación todavía no se ha realizado de manera completa, debe precisarse que está en curso. En efecto, el anteproyecto de ley por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal para la mejora de

(3) Los números de repertorio de las sentencias citadas en este trabajo son de la base de datos de Westlaw Aranzadi (www.westlaw.es).

(4) TATO PLAZA (2008).

la protección de los consumidores y usuarios persigue la incorporación al ordenamiento interno de la Directiva antes enunciada así como de la Directiva 2006/114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

Entre las reformas que prevé efectuar el anteproyecto enunciado destaca, a nuestros efectos, el fomento, por parte de las Administraciones Públicas, de códigos de conducta en virtud de los cuales las empresas que se adhieran asumirán el compromiso de no realizar prácticas comerciales desleales como las que en el presente estudio abordamos. La idea, sin embargo, no es, en absoluto, nueva pues tanto a nivel nacional como europeo se han reconocido, en fechas anteriores, las bondades de la autorregulación.

Desde una perspectiva nacional, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista determina, en su Exposición de Motivos, la posibilidad de que la legislación nacional se vea complementada por los códigos de conducta aprobados por el sector que opte por su autorregulación. A nivel europeo, se estableció igualmente la necesidad de incentivar la elaboración de códigos de conducta por parte del artículo 16 de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior –Directiva de Comercio Electrónico–. Fruto de la transposición de esta última al ordenamiento interno, el artículo 18 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico –LSSI-CE– se hizo eco de la previsión referenciada. También el legislador autonómico ha reconocido la necesidad de fomentar los códigos de buenas prácticas comerciales con la finalidad de otorgar al consumidor una mayor protección que la establecida, con carácter mínimo, por la normativa legal. En este último sentido, podemos citar, entre otros, los artículos 26 de la Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias y 57 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía.

En definitiva, como pondremos de manifiesto en la presente investigación, una medida especialmente eficaz para poner fin a prácticas comerciales característicamente agresivas, como las que ya hemos enunciado, pasa por el fomento de la autorregulación, en virtud de la cual se elaborarán códigos de conducta cuyo articulado resulta ciertamente garantista para el público destinatario.

2. Breves consideraciones sobre las comunicaciones comerciales no solicitadas

Probablemente el servicio de Internet que, desde comienzos de siglo hasta la actualidad, más se ha utilizado es el correo electrónico (5). Sus ventajas, entre las que destacan el bajo coste, facilidad de uso y rapidez, dan fe de ello haciendo de tal prestación un instrumento de comunicación esencial.

Debemos reconocer la enorme importancia que el correo electrónico representa en el ámbito del comercio electrónico (6) para la promoción de bienes y servicios (7). Sin embargo, desde hace algunos años, los usuarios sufrimos la amenaza de una práctica denominada vulgarmente *spam* o correo electrónico basura que, sin duda, compromete la privacidad y, a su vez, la confianza en el comercio electrónico (8). El término *spam* o *spamming* tiene, curiosamente, su origen en una práctica antigua en los países anglosajones en virtud de la cual se regalaba un jamón de escasa calidad –*spiced ham*– junto con las compras que se efectuaban en las carnicerías, haciéndose, de esta forma, mención de un producto recibido sin ser, en principio, deseado (9).

(5) ARMSTRONG (2001); LÓPEZ ORTEGA (2001); CRISTÓBAL FRANZI (2002); LAVILLA RASO (2002); SIERRA LÓPEZ (2003); LONDOÑO MATENS (2006); PÉREZ ROIBÓ (2006).

(6) Con la expresión “comercio electrónico” aludimos a los canales a través de los cuales se desenvuelve la contratación electrónica. Lo peculiar de esta nueva forma de contratación viene determinado por el conducto o cauce –electrónico– en virtud del cual se emiten las declaraciones de voluntad. En cualquier caso, debe advertirse que comercio electrónico no debe limitarse al que tiene lugar única y exclusivamente en Internet. En efecto, puede acometerse a través de otros cauces electrónicos diversos a la red de redes. De hecho, a título de ejemplo, puede destacarse que históricamente la primera fase de la expansión y consolidación del comercio electrónico se produjo precisamente al margen de Internet, en concreto a través de redes cerradas. Así acontece con el *Electronic Data Interchange* –EDI– que, traducido al castellano, es el Intercambio Electrónico de Datos. En todo caso, no parece descabellado considerar que, por lo que se refiere a la contratación electrónica entre empresarios y consumidores finales –denominado B2C–, se realiza, con carácter preferente, a través de Internet.

(7) Manejaremos un concepto relativamente amplio de comercio electrónico con el cual se alude al conjunto de comunicaciones electrónicas efectuadas bien con una finalidad publicitaria bien contractual –entre empresas entre sí o entre éstas y los consumidores y/o usuarios–. Dentro del término que de comercio electrónico manejaremos tendrán cabida toda forma de intercambio de bienes y servicios realizada mediante una red de comunicación computerizada. En este último sentido, nos remitimos a BOLÁS ALFONSO (2000); PAZ-ARES RODRÍGUEZ, BERMEJO GUTIÉRREZ y SÁEZ LACAVE (2008).

(8) Sobre los riesgos e inconvenientes que, de manera general, afectan al comercio electrónico pueden consultarse, entre otros, los trabajos de MADRID PARRA (1996); JIMÉNEZ DE PARGA (2000); ONTIVEROS RODRÍGUEZ y MORA LORENZO (2003); LÓPEZ-MONÍS GALLEG0 y GARCÍA MÁS (2004); MIRANDA SERRANO (2006); MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ (2008).

(9) SAMPOL PUCURRULL (2005).

Se entiende por *spam* toda aquella comunicación publicitaria no solicitada que nos llegue tanto a nuestro buzón de correo (10) como a otros espacios diversos que, a continuación, enunciaremos. Bajo el concepto de *spam*, en efecto, se incluyen diversas formas de emisión de mensajes comerciales no demandados por su destinatario que pueden llegar al mismo por correo electrónico, vía teléfono fijo o móvil –SMS o MMS–, por mensajería instantánea –en cuyo caso se denomina *spim* (11)–, e, incluso, por *bluetooth*, si bien, en este apartado, nos centraremos, fundamentalmente, en el estudio de las comunicaciones comerciales por correo electrónico.

Se trata de un ámbito en el que se suscita un evidente conflicto de intereses. Nos referimos al que se produce, por un lado, entre el derecho de los empresarios a utilizar los medios publicitarios directos en el entorno de Internet al igual que por otros medios tradicionales y, por otro lado, los derechos e intereses de los destinatarios de esta agresiva forma publicitaria (12).

Entre los inconvenientes procede destacar, entre otros, la vulneración de la privacidad de la persona afectada –en ocasiones, el *spam* puede presentar naturaleza engañosa o fraudulenta (art. 3, Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad –LGP–) e, incluso, desleal [art. 6.a) LGP]–, importantes costes temporales y económicos para sus receptores, etc. (13).

Se trata de una cuestión regulada en el artículo 21 LSSI-CE, en los siguientes términos: “1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas; 2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente. En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija”.

(10) BURGOS y LUZ DE-LEÓN (2001); MIQUEL RODRÍGUEZ (2001); TATO PLAZA (2004a) y (2004b); GUILLÉN CATALÁN (2005); PALAZZI (2005/2006); PEINADO GRACIA (2008).

(11) DE ASÍS ROIG (2004); MUÑOZ BELLVEHÍ, HERREROS MARGARIT y NOLLA PUERTAS (2006).

(12) TAPIA GUTIÉRREZ (2001).

(13) BERMEJO (2001); LLÁCER MATA CÁS (2003); APARICIO VAQUERO (2005); MARTÍNEZ PASTOR (2005).

Aunque la remisión de comunicaciones comerciales no solicitadas es una práctica prohibida, con las salvedades enunciadas, hemos de ser conscientes de que la norma en la que se reprime presenta carácter nacional, siendo, dicho sea de paso, las limitaciones consustanciales a la misma dado que, como es sabido, únicamente despliega eficacia en el espacio territorial al que la disposición legal sirve, que, en nuestro caso, es naturalmente España.

De hecho, la mayor parte de correos electrónicos no solicitados proceden de fuera de España. Es por ello que, como pondremos de relieve a propósito del último apartado, la autorregulación del comercio electrónico está llamada a desempeñar, en esta y otras cuestiones, una labor muy necesaria dado que Internet no conoce de fronteras territoriales, por lo que cualquier normativa nacional o de agrupación de ciertos Estados contará con importantes limitaciones.

3. El silencio en materia de comercio electrónico

Las declaraciones de voluntad negociales pueden diferenciarse en dos grandes grupos. Por un lado, las que tienen lugar de manera expresa y explícita por signos verbales, escritos o gestuales –*nutus*– reconocidos apropiados para tal fin; y, por otro, aquellas que se derivan, bien de situaciones en las que se realizaron actos no dirigidos directamente a expresar la voluntad pero que la presuponen o cabe presumirla, dado la univocidad de los mismos, en cuyo caso se habla de las declaraciones de voluntad mediatas, indirectas o por hechos concluyentes (*facta concludentia*), pudiendo consistir en manifestaciones o declaraciones que no expresan, de modo inmediato, una determinada voluntad de producir el efecto jurídico que se le atribuye o en meros actos reales, o bien de una situación única de no hacer, es decir, en una forma de omisión consistente en la postura totalmente pasiva de callar.

Sin embargo, puede, como regla general, manifestarse, con las salvedades que veremos, que toda declaración de voluntad, para existir como tal, debe exteriorizarse, pues está destinada a los demás y, por ello, debe salir de su agente (14). Jurídicamente, la voluntad del sujeto es considerada cuando se exterioriza, ya que, entre otras razones, el proceso formativo de la declaración no concluye mientras la expresión no se separa de su autor. El querer, el primer impulso, los motivos, la voluntad de actuar, en suma, pertenecen a la esfera interna de la persona y carecen de relevancia jurídica.

(14) MALUQUER DE MOTES BERNET (2003).

Si las consideraciones precedentes las trasladamos a nuestro ámbito de estudio puede colegirse que en un proceso de contratación electrónica que podríamos calificar de tradicional la contratación del bien o servicio se efectúa, en virtud de determinadas manifestaciones de voluntad, deliberada y conscientemente por el usuario. Sin embargo, existen supuestos en los que el consumidor puede recibir –además de comunicaciones comerciales no deseadas– productos o servicios, por los que se le requiera una cantidad económica, no solicitados.

Procede, a continuación, efectuar ciertas consideraciones de carácter general en torno al silencio para, posteriormente, referirnos al valor del mismo en materia de contratación electrónica.

Para que el silencio pueda tenerse positivamente en cuenta es necesario que se trate de situaciones muy específicas y que el silencio sea muy cualificado, por lo que la regla general debe inclinarse a la no producción de efectos jurídicos, ya que el silencio no constituye una declaración de voluntad propiamente dicha y sólo cuando exista un concreto deber de hablar, no cumplirlo, puede entenderse, en aras de la buena fe, que se ha consentido. En este sentido, la doctrina sobre el valor del silencio suele resumirse en la expresión *qui tacet consentire videtur ubi loqui potuit ac debuit*, que puede interpretarse en el sentido de atribuir los efectos de consentimiento al silencio cuando el que calla infringe una obligación de hablar.

La concepción que comentamos es, en opinión de un sector de la doctrina (15), escasamente útil y dogmáticamente incorrecta. Respecto a esta materia señaló, hace ya varias décadas, GARRIGUES (1964) que “la cuestión está en decidir cuándo hay obligación de contestar y cuáles son las consecuencias jurídicas de la infracción de dicho deber”.

En cuanto a este supuesto, aunque no existe unanimidad doctrinal, el criterio mayoritario estima que, frente a la regla de que el que calla no dice nada –*neque afirma, neque negat, neque utique fatetur*–, cabe, en determinadas situaciones, atribuirle el carácter de declaración jurídica negocial. La determinación de estas situaciones suponen para el juzgador –y, en su caso, para el operador jurídico– una tarea interpretativa acerca de si realmente hay declaración de voluntad, esto es, si hay “silencio elocuente” y de su contenido, para lo que el intérprete habrá de tomar en consideración, por lo regular, las posibilidades de conocimiento del destinatario –que es aquel a quien el silencio debe o puede decir algo en esa situación– y el conocimiento del significado de su conducta omisiva por el que calla o, al menos, le es imputable –sin perjuicio de la situación de error– si falta la conciencia de declaración.

(15) ALFARO ÁGUILA-REAL (1990).

El silencio puede, en efecto, tener el valor de una declaración de voluntad –equivalente al de una declaración expresa– cuando las circunstancias en las que tiene lugar le dan un significado concluyente de consentimiento. Tal extremo acontece, entre otros supuestos, en: 1) los casos en los que el valor del consentimiento le viene atribuido al silencio por la propia ley; 2) los casos en los que el valor del consentimiento le viene atribuido al silencio por los usos en ese concreto sector del tráfico; 3) casos en los que existan usos particulares entre las partes que atribuyan al silencio el significado de aceptación; 4) casos en los que pueda atribuirse el valor de consentimiento a una conducta interpretada conforme a la buena fe de acuerdo con las circunstancias en las que tiene lugar el silencio y; 5) casos en los que las partes hayan atribuido al silencio, con carácter específico, tal significado.

En suma, como la propia jurisprudencia (16) establece, el silencio puede considerarse o interpretarse como declaración de voluntad positiva en determinados supuestos, tomando en consideración los criterios de la relación entre las partes, los usos del tráfico y los individuales de las partes que entran en relación y las exigencias de la buena fe. Es decir, se toman como pautas interpretativas los estándares jurídicos de la lealtad y de la buena fe, el comportamiento justo y honrado y se acomoda la respuesta al principio del *quod plerumque accidit o quod perisque contingit* en relación con las conductas observadas y observables en el tráfico negocial.

Existen otros supuestos, como el que nos ocupa, en los que el silencio no tiene, sin embargo, el valor de declaración de voluntad ni siquiera cuando se infringe un deber de hablar. En efecto, nadie está obligado a contestar las ofertas que se le hacen siendo, como a continuación veremos, posible que el consumidor y usuario haga suyos los bienes y servicios recibidos no solicitados por los que se les pida una cantidad económica.

El envío no solicitado puede tener importantes efectos distorsionadores sobre el mercado, debido a que éste podría llegar a saturarse si se hace una utilización masiva de esta técnica, que afecte a los intereses de

(16) Entre otras, la STS de 24 de noviembre de 1943 (RJ 1943/1292), STS de 24 de enero de 1957 (RJ 1957/367), STS de 14 de junio de 1963 (RJ 1963/3057), STS de 10 de octubre de 1982 (RJ 1982/5560), STS de 2 de febrero de 1990 (RJ 1990/652), STS de 7 de julio de 1990 (RJ 1990/5782), STS de 28 de junio de 1993 (RJ 1993/4791), STS de 18 de marzo de 1994 (RJ 1994/2555), STS de 22 de noviembre de 1994 (RJ 1994/9160), SAP de Málaga de 28 de abril de 1995 (AC 1995/1651), STSJ de Aragón de 10 de abril de 1995 (RJ 1995/3483), STS de 17 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8734), STS de 29 de febrero de 2000 (RJ 2000/812), STS de 21 de marzo de 2003 (RJ 2003/2762), STS de 9 de junio de 2004 (RJ 2004/4743), STS de 17 de febrero de 2005 (RJ 2005/1138), STS de 10 de junio de 2005 (RJ 2005/4364), STS de 24 de marzo de 2006 (RJ 2006/1908), STS de 24 de mayo de 2006 (RJ 2006/3119), STS de 18 de octubre de 2006 (RJ 2006/6639) y STS de 21 de febrero de 2008 (RJ 2008/186420).

los competidores (17) y puede alterar el proceso lógico de toma de decisiones del consumidor al sentirse éste obligado, en los casos en que por olvido o descuido no devuelva la mercancía, a satisfacer el precio de la misma o los intereses económicos de los consumidores al considerar éstos erróneamente que deben correr con los gastos de devolución de las mercancías (18).

Tales prácticas, que pueden tener su origen en actuaciones fraguadas en el mundo electrónico, resultan disciplinadas, con carácter general, por los artículos 42 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y 100 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias. La sanción que el legislador impone a semejantes técnicas de venta, de carácter claramente agresivo, es la posibilidad de que el consumidor haga suyo el bien o servicio recibido. Naturalmente, se hacen dos matizaciones que han de valorarse. La primera es que el consumidor tiene libertad para devolver el bien recibido, si bien si el producto sufriera algún daño no sería en ningún caso responsable. La segunda es que si el vendedor demuestra, pues sobre él recae la carga de la prueba, que el envío a tal persona tuvo su origen en un error –y no en una actuación premeditada–, el consumidor, a pesar de que pueda tener el deseo de apropiarse del bien, tendrá que devolverlo. Como compensación, en este segundo supuesto, se le reconoce la facultad de solicitar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

El silencio, en esta materia, no debe, por tanto, entenderse, en modo alguno, como manifestación de voluntad tácita –en sentido positivo–. En efecto, el legislador sanciona, de forma expresa, la imposibilidad de remitir o prestar al potencial consumidor o usuario bienes o servicios no solicitados pues, en tal caso, como hemos visto, los podrá hacer suyos, sin necesidad de abonar cantidad alguna.

Dicho de otra forma, la interpretación del silencio del potencial consumidor o usuario no debe efectuarse, en el ámbito de la contratación de bienes o servicios remitidos, en el sentido más proclive a la prestación positiva del consentimiento y, de este modo, al vendedor. Por ello, estimamos que, en materia de contratación de bienes y servicios, el silencio, como declaración de voluntad, debe valorarse en sentido negativo y, por consiguiente, de inexistencia de consentimiento.

Podría, en principio, plantearse la duda de si sería válida la contratación en la que, al modo de lo que acontece en la forma de recabar el con-

(17) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y CARRASCO PERERA (1991).

(18) MASSAGUER FUENTES y PALAU (2002).

sentimiento en el ámbito de la publicidad interactiva, se ofertase al consumidor o usuario de un determinado bien o servicio la oportunidad de adquirir cualquiera de ambos de una manera particularmente agresiva, cual, por ejemplo, podría ser el hecho de que el vendedor estimase otorgado el consentimiento por parte del comprador mediante prácticas como la activación automática, por defecto, de una casilla en la que se presumiera otorgado el consentimiento para la adquisición del bien o servicio ofertado. Indudablemente, en este caso, se estaría recurriendo a una práctica comercial ciertamente agresiva cuyo despiste por parte del potencial consumidor o usuario, a pesar de existir, en principio, silencio, podría determinar, *prima facie*, la perfección del contrato electrónico.

Como decíamos anteriormente, nos encontramos ante una práctica relativamente frecuente en materia de comunicaciones comerciales electrónicas, pues resulta habitual la presunción del potencial consumidor o usuario mediante la activación o marcación previa, por defecto, de la casilla relativa a la manifestación del consentimiento para tal fin.

En tales supuestos, para la no perfección del contrato o la no prestación del consentimiento en materia de comunicaciones comerciales, se requiere una conducta activa, lo cual resulta, ciertamente, paradójico, ya que lo que es, no sólo convencional, sino social y jurídicamente aceptable sería la conducta opuesta.

Seguidamente, a modo de inciso, haremos unas breves alusiones sobre el momento en el que debe entenderse perfeccionado el contrato electrónico. Este último se disciplina por las reglas generales aplicables en materia de contratación entre distantes, que se encuentran, según la redacción operada por la LSSI-CE, en los artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio. La modificación que, sobre el particular, efectuó la LSSI-CE fue realmente significativa pues, unificando su regulación, puso fin a una situación formal de disparidad de soluciones –civil y mercantil– que carecía de justificación alguna.

A tenor de los preceptos que acabamos de enunciar “hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no puede ignorarla sin faltar a la buena fe” (19).

(19) Con el precepto que hemos transcrito se evita que la perfección del contrato quede al arbitrio de quien, pudiendo haber conocido la declaración negocial de aceptación de la oferta, no llega, por malicia o clara negligencia, a conocerla. La falta de la buena fe consiste, en definitiva, en ignorar una respuesta evidente aunque sin razones que lo justifiquen –GARCÍA-GRANERO COLOMER (2002)–. Nos encontraríamos ante tal situación si, por ejemplo, el oferente desconecta el fax o la conexión a Internet cuando se está esperando una aceptación por cualquiera de los mencionados medios, fax o correo electrónico, para no poder recibirla e impedir la recepción del contrato.

Como puede apreciarse, la LSSI-CE, con buen criterio, ha operado una unificación del Derecho privado en el punto que examinamos pues, de una situación caracterizada por la existencia de reglas distintas según la naturaleza civil o mercantil del contrato, se ha pasado a una situación diversa en la que todo contrato efectuado entre personas distantes entre sí, con independencia de la naturaleza civil o mercantil, queda sometido exactamente a las mismas reglas. Puede, en definitiva, afirmarse que lo que acogen los artículos que comentamos es la denominada teoría de la recepción, en virtud de la cual el contrato puede entenderse perfeccionado no sólo cuando el oferente tenga efectivo conocimiento de la aceptación, sino cuando ésta pueda ser razonablemente conocida por aquél (20). La teoría que enunciamos es la que, de manera mayoritaria, daban tanto la doctrina como la jurisprudencia al antiguo artículo 1262 del Código Civil (21).

La citada regla general presenta una excepción, presente tanto en el párrafo segundo del artículo 54 del Código de Comercio como en el párrafo tercero del artículo 1262 del Código Civil, en virtud de la cual “en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos (22) hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”. En este caso, el contrato se perfecciona cuando el aceptante emite su declaración negocial de aceptación. Nos encontramos, por consiguiente, ante la teoría de la emisión o declaración.

Y es que, como es sabido, el artículo 1262 del Código Civil exige, para la perfección del contrato, el consentimiento que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. En el seno de este proceso, la aceptación contractual suele venir configurada por una declaración expresa de conformidad con los términos planteados en la propuesta contractual. Sin embargo, el aceptante, en ocasiones, no exterioriza su voluntad de modo explícito, sino que ésta se deduce de su conducta *-facta concludentia, facta ex quibus vo-*

(20) MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ (2008).

(21) En virtud de tal precepto, el contrato se consideraba perfeccionado no desde el momento en que la aceptación era efectivamente conocida por el oferente, sino desde el instante en el que llegaba a su círculo o ámbito propio de intereses. A partir de ese momento, salvo prueba en contrario, se presumía que el no conocimiento efectivo de la aceptación había tenido lugar por culpa del oferente.

(22) Debe ponerse de relieve la polémica que existe en torno a la expresión “contratos celebrados mediante dispositivos automáticos”. A juicio de MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ (2008), ha de entenderse por tal aquellos contratos celebrados electrónicamente en los que no llega a producirse un auténtico diálogo negocial entre las partes contratantes, ya que ese intercambio de voluntades tiene lugar entre, por un lado, el cliente aceptante y, por otro, la máquina oferente a través de una determinada página *Web* en la que se establecen, mediante iconos u otras figuras electrónicas, los pasos que el aceptante debe dar para perfeccionar el contrato.

luntas concludit potest (23)–. En este sentido, ROGEL VIDE (2007 y 2008) determina que la aceptación –no así la oferta– puede ser expresa, tácita y presunta. Tales clases de declaraciones de voluntad contractuales resultan predicables únicamente respecto de la aceptación, no siéndolo, en modo alguno, de la oferta dado que ésta, además de ser expresa, debe contener, de manera clara y precisa, los elementos esenciales del contrato proyectado, cabiendo difícilmente, en consecuencia, declaraciones de voluntad tácitas o presuntas, no siendo posible, mucho menos, el silencio como oferta.

En esta hipótesis nos encontramos frente a la aceptación tácita, donde se aprecia una conducta que no es, por sí misma, significativa de una declaración de voluntad, a diferencia de lo que acontece con las conductas expresivas.

En el caso de la aceptación tácita, de la conducta observada por el destinatario de la oferta contractual, se infiere que debe existir la voluntad de aceptarla –*indicium voluntatis*– por ser aquélla incompatible con la voluntad contraria (24).

Naturalmente, para valorar el significado de una conducta hay que tener en cuenta, en cada caso, las circunstancias que exigen la buena fe y el recto criterio de las relaciones sociales.

Determina tanto la jurisprudencia (25) como la doctrina (26) que nos encontramos ante una aceptación tácita cuando el sujeto no manifieste de un modo directo su voluntad –generalmente mediante el lenguaje oral o escrito–, sino que realiza una determinada conducta que, por presuponer necesariamente tal voluntad, es valorada por el ordenamiento jurídico como declaración.

En la formación del acuerdo las palabras, obviamente, son relevantes (27), si bien, como ya hemos visto, el silencio representa una conducta completamente inactiva, es decir, que la persona no manifiesta su voluntad, ni expresa ni tácitamente. Asimismo, dicho sujeto no puede haber tenido ningún comportamiento que pudiera descubrir una manifestación de voluntad.

Resulta importante poner de manifiesto que, para el análisis del silencio como manifestación del consentimiento ante una oferta contractual, debe partirse de un concepto restrictivo de aquél como inactividad del sujeto.

(23) CUADRADO PÉREZ (2006).

(24) GALGANO (1999).

(25) En este sentido, entre otras, la STS de 28 de febrero de 1990.

(26) ROCCHIETTI (1992).

(27) DÍAZ-AMBRONA BAJARDÍ (1991); SANTORO-PASARELLI (1997).

No se hablará de manifestación de la aceptación mediante el silencio, sino de manifestación tácita de la voluntad o manifestación de la aceptación a través del comienzo de la ejecución del contrato, que son dos formas independientes de aceptación diversas, en todo caso, del mero silencio (28).

Debemos tener en consideración el sistema de protección del consentimiento contractual recogido en nuestro Código Civil, que lo considera elemento esencial del contrato, por cuanto el artículo 1261 del Código Civil determina que no hay contrato sino cuando concurren unos requisitos que enumera, el primero de los cuales es, precisamente, el consentimiento de los contratantes, que se asienta en la distinción de tres aspectos: 1) la voluntad interna de cada uno de los contratantes; 2) la declaración o exteriorización de esa voluntad y; 3) la coincidencia de tales voluntades (29).

La voluntad interna es la decisión de una persona de vincularse a los efectos preestablecidos en una figura contractual asumiendo las consecuencias. La eficacia consensual de la voluntad interna descansa en una doble circunstancia cuya existencia es la que fundamenta jurídicamente los efectos obligatorios en los que se manifiesta dicha fuerza vinculante de la relación contractual. De un lado, el conocimiento bastante, suficiente, de los extremos que se persiguen como base imprescindible para tomar la decisión bien fundada en orden a la celebración de ese futuro contrato. De otro, la decisión de llevarlo a cabo libremente adoptada, es decir, decidida sin interferencias exteriores ni interiores que puedan falsear o alterar el contenido, el alcance, de la decisión de contratar en los términos previstos en el interior del contratante. Todo lo que perturbe o pueda perturbar una u otra de ambas circunstancias se consideran vicios del consentimiento y, como establece el artículo 1265 del Código Civil, determina la nulidad del prestado.

Lo que no cabe, en absoluto, es que, en materia de comercio electrónico o publicidad interactiva, fuera de todo marco contractual iniciado, previamente, por el potencial consumidor o usuario, se anuden efectos contractuales al silencio del consumidor o usuario.

Distinta de tal situación será aquella en la que el potencial consumidor o usuario inicie la contratación de un determinado bien o servicio y, por defecto, conste marcada la casilla de aceptación de los términos de la transacción así como de la remisión de publicidad o comunicaciones comerciales por medios electrónicos. Entendemos que, a lo largo de las diversas fases del procedimiento contractual, deberá ofrecerse la posibilidad de anular tanto la transacción, cuyos términos no se aceptaron con

(28) SACCO (1993); SINISCALCHI (1994); RAVAZZONI (1996).

(29) MORENO QUESADA (2006).

conocimiento de causa, como la remisión de comunicaciones comerciales cuyo consentimiento, asimismo, pudo no querer otorgarse. Obviamente, cabe la posibilidad, pues consideramos que para tal fin se concibió la táctica que examinamos, de que en el supuesto concreto pase completamente inadvertida la activación, por defecto, de la casilla que estima otorgado el consentimiento.

En nuestra opinión, si no se posibilitase la posterior revocación de la declaración de voluntad otorgada, insistimos, mediante la marcación automática de la “pestaña” destinada a acreditar la manifestación de la voluntad positiva, tanto en el ámbito contractual *strictu sensu* como del publicitario, se estarían amparando, lo cual resulta intolerable, comportamientos contrarios a la buena fe ideados con la única finalidad de otorgar efectos jurídicos, en cualquier caso no queridos, a un eventual descuido del consumidor o usuario.

Debe ponerse de manifiesto el hecho de que no nos encontramos ante una falta de diligencia del consumidor o usuario en materia de comercio electrónico o publicidad interactiva, sino ante una técnica manifiestamente criticable pues, lejos de posibilitar que el consumidor o usuario otorgue su consentimiento de forma libre, se invierten los términos que, en principio, serían los esperados y se exige por parte del consumidor una actuación expresa, mediante la desactivación de la casilla establecida, para no otorgar su consentimiento.

El Código Civil no ofrece una regla general para la solución de esta cuestión, aunque en el mismo podamos encontrar preceptos en los que se regula el valor del silencio si bien con un ámbito objetivo limitado a determinadas hipótesis que nada tienen que ver con las materias de las que nos venimos ocupando.

El silencio, como regla general, no puede ser considerado como forma de manifestar la voluntad contractual porque, en principio, la aceptación debe ser manifestada a través de palabras –escritas u orales– o, en nuestro caso, conductas activas y en ningún caso de carácter pasivo. Esta es la tesis acogida en el segundo inciso del artículo 18.1 del Convenio de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, adoptado en Viena el 11 de abril de 1980, en virtud del cual “el silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación”.

Si, por el contrario, sostuviéramos que quien calla otorga o consiente en el ámbito contractual provocaríamos una situación de claro perjuicio para quien recibe una oferta, ya que estaría obligado a contestar para no verse obligado contractualmente. No resulta aceptable, en absoluto, que, por el mero hecho de recibir una propuesta contractual, esa persona se vea obligada a actuar para evitar la conclusión de un contrato cuyas condiciones ha elaborado el proponente. Ni siquiera cuando el propio ofe-

rente indica en la oferta que el silencio de su destinatario será considerado como aceptación (30).

Es plenamente inadmisibles consentir una intromisión de este tipo en la esfera jurídica de las personas, que provocaría que éstas se vieran en la obligación permanente de contestar a todas las ofertas recibidas.

Con carácter general, como hemos visto, el silencio simple o absoluto no puede, por sí mismo, contribuir a una manifestación de voluntad positiva salvo cuando así lo haya establecido la ley o las partes. Ciertamente el sector de la doctrina (31) y de la jurisprudencia (32) considera que, cuando el silencio es acompañado de determinadas circunstancias, debe ser considerado como aceptación contractual. En efecto, como al comienzo del presente apartado hemos manifestado, el silencio puede constituir una declaración tácita de voluntad si se produjo en el ámbito de determinadas circunstancias y eran, en definitiva, generadas a esas circunstancias de la confianza ajena. Es lo que se ha denominado silencio cualificado o circunstanciado, cuya vigencia podrá apreciarse únicamente cuando se junte a hechos positivos precedentes, a una actividad anterior de la parte que guardó silencio o a particulares situaciones subjetivas u objetivas que sirvan como elemento útil para tener por hecha la manifestación de una determinada voluntad.

La incertidumbre surge, no obstante, cuando han de determinarse las condiciones que deben confluir en torno al silencio para poder ser considerado como manifestación del consentimiento. En opinión de CUADRADO PÉREZ (2006), la demostración de la voluntad del destinatario de la propuesta resultaría muy compleja e, incluso, imposible prestándose, a su vez, a numerosas confusiones y engaños. Por este motivo, según tal opinión, resulta preferible tratar de superar esta postura e intentar proteger la confianza legítima del proponente en la conclusión del contrato. La resolución de esta cuestión habrá de llevarse a cabo teniendo en cuenta, primordialmente, el principio de la buena fe, que debe presidir todas las relaciones, el de la protección de la confianza y el principio de la autoresponsabilidad.

Resulta, por último, oportuno poner, al menos, de relieve que los códigos de conducta reguladores del comercio electrónico ponen coto a las prácticas enunciadas. Tales instrumentos contractuales, además de prever en su articulado las estipulaciones legales, reconocen ciertas mejoras normativas, en las materias que disciplina, para el consumidor y/o usuario.

(30) MARTÍNEZ GALLEGU (2000).

(31) LACRUZ BERDEJO (2003).

(32) Así, entre otras, la STS de 17 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8734) y SAP de Cantabria de 23 de abril de 2000 (AC 2001/852) si bien, con carácter general, pueden considerarse plenamente aplicables las que mencionamos en la nota a pie de página número 16.

4. Virtualidad de la autorregulación sobre el particular

Aunque hemos anticipado, de manera breve, las ventajas que la autorregulación ostenta en los aspectos que en el presente estudio analizamos –sin perjuicio de que su ámbito de aplicación va más allá de la simple ordenación de las mismas pues, por ejemplo, en materia de comercio electrónico los códigos de conducta realizan una regulación integral del mismo–, procede, en este apartado, referirnos, de una manera más amplia, al fenómeno de la autodisciplina referida al ámbito del comercio electrónico.

Consideramos que, para poder hablar de un verdadero instrumento efectivo de autorregulación en materia de comercio electrónico –que convivirá con la normativa estatal–, deben concurrir, con carácter necesario, ciertos elementos, a saber: acuerdo o predisposición previa de todos los agentes que, de forma directa o indirecta, interactúen en el sector de que se trate; código de conducta o documento regulador, entre otros aspectos, de la contratación y publicidad interactiva cuyo conocimiento es público para la sociedad en general siendo posible su consulta de manera electrónica así como su constancia, con carácter mínimo, en las lenguas del lugar de establecimiento de las empresas adheridas a los mismos; sello de calidad o logotipo de confianza representativo de que la empresa que lo ostenta ha superado, con éxito, las auditorías o controles establecidos por la entidad responsable del sistema, para reconocer, de manera pública, ser merecedor de las garantías que la adhesión al sistema comporta; existencia de un organismo de control independiente que gestione, de manera ejemplar, las vicisitudes que se susciten tanto por parte de las empresas adheridas como por los consumidores y/o usuarios que entablen algún tipo de contacto con estas últimas y que ostente capacidad sancionadora o represora ante los casos de manifiesto incumplimiento de las obligaciones establecidas en el código de conducta que, naturalmente, han sido asumidas por las empresas adheridas; y mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos para solventar las controversias acontecidas entre las empresas adheridas y los consumidores o usuarios que, de una u otra forma, acometan la contratación o prestación de un bien y/o servicio, incluyendo las actividades destinadas a la promoción –publicidad interactiva– de los mismos (33).

Cabe efectuar ciertas consideraciones en relación al último de los presupuestos que componen los sistemas de autorregulación, cual es el procedimiento extrajudicial de litigios, pues debe ponerse de relieve que el

(33) Para el estudio más amplio de los presupuestos enunciados nos remitimos a LÓPEZ JIMÉNEZ, D. (2009), “La autorregulación del comercio electrónico: los códigos de conducta”, *Revista Jurídica del Notariado*, número 69, pp. 147-171.

mismo presenta, naturalmente, carácter complementario de las vías de reclamación administrativa y judicial. Asimismo, ha de advertirse que en el seno de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos tienen cabida tanto los establecidos, con carácter específico, por los propios sistemas de autorregulación –caso, por ejemplo, del Jurado de Autocontrol de la Publicidad (34)–, como otros instrumentos extrajudiciales regulados por el propio legislador –caso del arbitraje de consumo.

Estimamos pertinente realizar dos precisiones en materia de autorregulación siendo, dicho sea de paso, las mismas objeto de previsión tanto en la Directiva de Comercio Electrónico –transpuesta a través de la LSSI-CE– como en la Directiva de prácticas comerciales desleales –en proceso de transposición–. Por un lado, cabe destacar que ambas establecen la necesidad de que las Administraciones Públicas fomenten la elaboración de códigos de conducta y, por otro, incentivan la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en la redacción de los mismos. En todo caso, deberán auspiciarse, por parte de las autoridades públicas, medidas dirigidas a difundir las prácticas en las que la autorregulación se materialice siendo instrumentos ciertamente representativos los denominados códigos de conducta.

Los códigos de conducta en materia de comercio electrónico son documentos, de carácter voluntario, que incluyen un conjunto de principios, reglas o, en definitiva, buenas prácticas, certificables por una tercera parte independiente, en cuya redacción se han tenido en consideración los intereses de asociaciones de consumidores y usuarios, discapacitados u otros colectivos afectados, que disciplinan materias relativas al procedimiento precontractual, contractual y poscontractual por lo que a la contratación electrónica respecta, sin perjuicio de otras cuestiones como la publicidad interactiva amén de otras conexas, cuya finalidad es la instauración y consolidación de la confianza del potencial consumidor y usuario.

En definitiva, en el presente estudio hemos esbozado ciertas prácticas comerciales particularmente agresivas a las que se recurre en materia de

(34) Debe destacarse que Autocontrol es el único organismo privado español que ha sido incorporado por la Comisión Europea a su Red EJE –Red Extra-judicial Europea–, por cumplir su órgano extrajudicial de resolución de controversias –el Jurado de la Publicidad– los requisitos y principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad de elección y derecho de representación por parte del consumidor, establecidos en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo. Cabe indicar que nos encontramos ante el gran protagonista del nuevo sistema español de autodisciplina publicitaria que, dicho sea de paso, se define en el artículo 44.1 de los Estatutos de Autocontrol, de 11 de mayo de 1995 –cuya última modificación es de 3 de abril de 2006–, como un órgano especializado en materia deontológica-publicitaria, dotado de absoluta autonomía e independencia en sus funciones y formado por personas independientes.

contratación a distancia en general y de comercio electrónico en particular. En este sentido, somos testigos y, en ciertas ocasiones, protagonistas de tan molestas actuaciones siendo comunes a todas ellas la inexistencia de consentimiento alguno por parte del destinatario de las mismas, presentando la característica común de no ser deseadas. Aunque se ha tratado de poner freno a las mismas a través de la normativa aprobada al efecto por parte de las autoridades nacionales y comunitarias, su eficacia es, en cierto sentido, limitada. Sin embargo, las eventuales restricciones predicables de la propia legislación pueden, de alguna forma, mitigarse en virtud de la autorregulación del comercio electrónico que, a su vez, representa un importante complemento de la normativa legal.

5. Bibliografía

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1990): "2 de febrero de 1990: Seguro: Novación modificativa. Consentimiento de ambas partes. Valor del silencio", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 22, pp. 299-318.
- APARICIO VAQUERO, J. P. (2005): "Régimen jurídico de las comunicaciones comerciales realizadas a través del correo electrónico", *La Ley*, número 4, septiembre, pp. 1476-1489.
- ARMSTRONG, S. (2001): *Advertising on the internet: how to get your message across on the World Wide Web*, Kogan Page, Londres.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y CARRASCO PERERA, A. (1991): "Borrador de Anteproyecto de Ley de Ventas por Correo", *Estudios sobre Consumo*, número 21, pp. 41-60.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, N. (2001): "Prácticas promocionales en Internet: ¿una nueva frontera?", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 5, pp. 11-40.
- BOLÁS ALFONSO, J. (2000): "Firma electrónica, comercio electrónico y fe pública notarial", Consejo General del Notariado, Madrid.
- BURGOS Y LUZ DE-LEÓN, D. (2001): *Comercio electrónico, publicidad y marketing en Internet*, McGraw-Hill, Madrid.
- CRISTÓBAL FRANSI, E. (2002): "Conceptualización de la calidad de servicio al cliente percibida en el comercio electrónico. Evaluación y aplicación en el establecimiento virtual", Tesis doctoral, Universidad de Lleida.
- CUADRADO PÉREZ, C. (2006): "El silencio como manifestación de voluntad". En LLAMAS POMBO, E. (coord.): *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, tomo 1, *La Ley*, Madrid, pp. 361-384.
- DE ASÍS ROIG, A. E. (2004): "Comentarios a la Disposición Final Primera". En GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y DE LA CUADRA-SALCEDO, T. (coords.): *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003, de 3 de noviembre*, Thomson Aranzadi, Navarra, pp. 1205-1218.
- DÍAZ-AMBRONA BAJARDÍ, M. D. (1991): "El silencio en la teoría del negocio jurídico"

- dico (notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1990)", *Actualidad Civil*, número 3, pp. 667-679.
- GALGANO, F. (1999): *Diritto Civile e Commerciale*, volumen 2, tomo 1, 3.^a edición, Cedam, Padova.
- GALINDO AYUDA, F. (2002): "Códigos de conducta para la regulación del comercio y el gobierno electrónicos", *La Ley*, número 2, pp. 1873-1882.
- GARCÍA MÁS, F. J. (2007): "El Estatuto del Notario y las Nuevas Tecnologías". En *El notariado y la reforma de la fe pública*, Marcial Pons, Madrid, pp. 23-72.
- GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V. (2002): "Perfección, forma y prueba de los contratos. Parte primera. La perfección de los contratos". En DELGADO DE MIGUEL, J. F. (coord. general) y SIMÓ SANTONJA, V. L. (coord.): *Instituciones de Derecho Privado*, tomo 3, volumen 1, Thomson Civitas, Madrid, pp. 321-524.
- GARRIGUES, J. (1964): *Tratado de Derecho Mercantil. Obligaciones y contratos mercantiles*, tomo 3, volumen 1, Revista de Derecho Mercantil, Madrid.
- GUILLÉN CATALÁN, R. (2005): *Spam y comunicaciones comerciales no solicitadas*, Thomson Aranzadi, Navarra.
- JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, R. (2000): "El comercio electrónico. Seguridad jurídica", *Derecho de los Negocios*, número 118-119, pp. 1-12.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2003): *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, tomo 2, volumen 1, Dykinson, Madrid.
- LAVILLA RASO, M. (2002): *La actividad publicitaria en Internet*, Ra-Ma, Madrid.
- LLÁCER MATAACÁS, M. R. (2003): "Las comunicaciones comerciales por vía electrónica". En BARRAL VIÑALS, I. (coord.): *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid, pp. 191-207.
- LONDOÑO MATENS, M. C. (2006): *Atención al cliente y gestión de reclamaciones*, Fundación Confemetal, Madrid.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, D. (2009): "La autorregulación del comercio electrónico: los códigos de conducta", *Revista Jurídica del Notariado*, número 69, pp. 147-171.
- LÓPEZ ORTEGA, J. J. (2001): "Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet". En LÓPEZ ORTEGA, J. J. (dir.): *Internet y Derecho Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 83-125.
- LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, A. y GARCÍA MÁS, F. J. (2004): "La contratación electrónica: Modernidad y seguridad jurídica". En DELGADO DE MIGUEL, J. F. (coord. general) y FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (coord.): *Instituciones de Derecho Privado*, tomo 6, volumen 4, Thomson Civitas, Madrid, pp. 109-163.
- MADRID PARRA, A. (1996): "Contratación electrónica". En IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.): *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez Menéndez*, tomo 3, Civitas, Madrid, pp. 2913-2958.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J. (2003): "La declaración de voluntad negocial". En MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J. (coord.): *Codificación, persona y negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, pp. 315-322.
- MARTÍNEZ GALLEGU, E. M. (2000): *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Marcial Pons, Madrid.
- MARTÍNEZ PASTOR, E. (2005): *Régimen jurídico del modo publicitario en Internet*, Fundación Universitaria San Antonio, Murcia.

- MASSAGUER FUENTES, J. y PALAU, F. (2002): "Informe sobre el régimen jurídico de las prácticas comerciales en España, con especial dedicación a los aspectos considerados en la Comunicación de la Comisión de seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea", <http://www.consumo-inc.es/Informes/docs/DICTAMEN.pdf>.
- MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (2001): "Problemática jurídica de la publicidad en Internet". En BOTANA GARCÍA, G. A. (coord.): *Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores*, La Ley, Madrid, pp. 245-274.
- MIRANDA SERRANO, L. M. (2006): "La contratación a distancia y electrónica". En *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, tomo 30, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pp. 285-356.
- MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J. (2008): "La formación y ejecución del contrato electrónico: aproximación a una realidad negocial emergente", *Estudios sobre Consumo*, número 85, pp. 77-92.
- MORENO QUESADA, B. (2006): "La protección del consentimiento contractual hoy". En LLAMAS POMBO, E. (coord.): *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, tomo 2, La Ley, Madrid, pp. 449-462.
- MUÑOZ BELVEHÍ, X.; HERREROS MARGARIT, I. y NOLLA PUERTAS, J. M. (2006): *Manual de Derecho de las Telecomunicaciones. Análisis jurídico de las telecomunicaciones en España desde un punto de vista práctico, incluyendo la explicación de los aspectos técnicos y con conocimiento real de este mercado*, Servidoc, Barcelona.
- ONTIVEROS RODRÍGUEZ, F. y MORA LORENZO, C. (2003): "La contratación electrónica", *La Ley*, número 2, pp. 1377-1382.
- PALAZZI, P. A. (2005/2006): "Aspectos legales del correo electrónico no solicitado (la perspectiva argentina)", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de autor*, tomo 26, pp. 285-320.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C.; BERMEJO GUTIÉRREZ, N. y SÁEZ LACAVE, M. I. (2008): "La formación electrónica del contrato: nada nuevo bajo el sol". En SALA ARQUER, J. M. y MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J. (coords.): *Derecho sobre Internet*, BSCH, Madrid, pp. 125-139.
- PEINADO GRACIA, J. I. (2008): "Prólogo". En VÁZQUEZ RUANO, T.: *La protección de los destinatarios de las comunicaciones comerciales electrónicas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- PÉREZ ROIBÓ, E. (2006): *E-Marketing. El marketing a través de las nuevas tecnologías*, Ideaspropias, Vigo.
- RAVAZZONI, A. (1996): *La formazione del contratto. Le fasi del procedimento*, tomo 1, Giuffré, Milano.
- ROCCHIETTI, A. (1992): "Comentario al artículo 18". En BIANCA, C. M. (coord.): *Convenzione di Viena sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Cedam, Padova.
- SACCO, R. (1993): *Trattato di Diritto Civile. Il contratto*, tomo 1, UTET, Torino.
- SAMPOL PUCURULL, M. (2005): "Administración Electrónica". En DE FUENTES BARDAJÍ, J. (dir.) y PEREÑA PINEDO, I. (coord.): *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, Thomson Aranzadi y Ministerio de Justicia, Navarra, pp. 1753-1776.

- SANTORO-PASARELLI, F. (1997): *Dottrine generali del diritto civile*, 9.^a edición, Casa Editrice Dot Eugenio Jovene, Napoles.
- SIERRA LÓPEZ, M. V. (2003): *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SINISCALCHI, A. M. (1994): "Inizio di esecuzione e silenzio. Supunti in tema di modificazione del rapporto contrattuale", *Rass. Dir. Civ.*, pp. 526-542.
- TAPIA GUTIÉRREZ, P. (2001): "Informe sobre las comunicaciones comerciales no solicitadas efectuadas por correo electrónico (Estudio comparativo de la «Unsolicited Commercial Electronic Mail Act» norteamericana de 14 de febrero de 2001 y del Anteproyecto español de Ley de comercio electrónico)", *Estudios de Consumo*, número 57, pp. 105-117.
- TATO PLAZA, A. (2004a): "La publicidad en Internet". En GONZÁLEZ DELGADO, J. A. (coord.): *Responsa iurisperitorum digesta*, volumen 5, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 89-104.
- (2004b): "La publicidad en Internet". En MORO ALMARAZ, M. J. (dir.); APARICIO VAQUERO, J. P. y BATUECAS CALETRÍO, A. (coords.): *Autores, consumidores y comercio electrónico*, Colex y Caja Duero, Madrid, pp. 141-156.
- (2008) "Las prácticas publicitarias agresivas". En TOMILLO URBINA, J. (dir.) y ÁLVAREZ RUBIO, J. (coord.): *El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, Thomson Civitas y Cátedra Euroamericana de Protección Jurídica de los Consumidores, Navarra, pp. 45-60.

**EFICACIA FRENTE A TERCEROS
POSEEDORES DE LAS CIFRAS
DE RESPONSABILIDAD
EN LA ANOTACIÓN PREVENTIVA
DE EMBARGO Y EN LA HIPOTECA (1)**

ALFONSO MADRIDEJOS FERNÁNDEZ

Notario

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.

II. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO ANTES DE LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

- Planteamiento de la cuestión.
- Tesis registral.
- Tesis procesalista.

(1) Este trabajo es una versión ampliada de la conferencia pronunciada el día 23 de marzo de 2009 en la Academia Sevillana del Notariado con el título “¿Cuánto debe retener el comprador de una finca hipotecada o embargada?”.

III. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO EN LA ACTUAL LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

- Tramitación parlamentaria.
- Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- Audiencias Provinciales.
- Planteamientos doctrinales.
- Regulación legal.
- Justificación de la solución propuesta.
- Recapitulación.

IV. EFICACIA DE LAS CIFRAS DE RESPONSABILIDAD EN LA HIPOTECA.

I. INTRODUCCIÓN

El tema objeto de esta exposición, aunque objeto de una gran polémica doctrinal y jurisprudencial, prácticamente no ha sido tratado científicamente por notarios, lo que no deja de ser sorprendente si se tiene en cuenta la gran importancia que puede tener en la práctica notarial, importancia que se puede incrementar exponencialmente en una situación de crisis en la que aumentan los embargos y las ejecuciones y se crea el caldo de cultivo adecuado para la proliferación de prestamistas o acreedores ajenos a las prácticas del mercado financiero.

La venta de una finca gravada con hipoteca o embargo es algo absolutamente habitual, consistiendo la práctica usual en acudir al acreedor para comprobar si la deuda garantizada está ya pagada o, en otro caso, para averiguar el exacto saldo pendiente el día del otorgamiento de la escritura de compraventa. Para ello, siendo el acreedor una entidad financiera, lo más habitual es la obtención de una certificación que acredite estos extremos. Tal certificación no deja de ser un documento privado, pero al estar expedida por una entidad de crédito oficial, una vez comprobada su autenticidad, bien porque ha sido entregada directamente al comprador o bien porque se ha hecho la consulta pertinente a la entidad emisora, lo normal es confiar plenamente en ella. De esta forma, en el momento del otorgamiento se deduce del precio el importe pendiente según la certificación bancaria (cuya incorporación a la escritura es altamente aconsejable), junto con los gastos estimados de cancelación de hipoteca o levantamiento del embargo, y se retiene esta cantidad por el comprador, quien, una vez autorizada la escritura de venta, procede al inmediato pago de la deuda y posteriormente, con la colaboración del acreedor garantizado, a la cancelación de la carga, lo cual no es ya sino un mero trámite.

Pero este procedimiento no siempre va a ser posible si el acreedor no es una entidad bancaria, una caja de ahorros o un organismo oficial. En tales casos, es muy posible que, con los datos que publica el Registro, especialmente en los casos de anotación preventiva de embargo, ni siquiera sea posible llegar a localizar al acreedor. Y aunque se pueda contactar con él, es muy probable que no esté dispuesto a colaborar, que la información que proporcione no sea suficientemente fiable o no está documentada de forma segura, que la cantidad que reclame sea injustificada o desorbitada, o que no se pueda confiar en su colaboración en el momento de la cancelación de la garantía o traba.

Una posible solución en tales casos podría ser, ante la imposibilidad de conocer de forma suficientemente fiable el saldo pendiente de la deuda asegurada, retener el importe íntegro de las cantidades que, por principal, intereses, costas y gastos, figuren en el Registro como cifras de responsa-

bilidad garantizadas por la hipoteca o aseguradas con el embargo. Ahora bien, esta solución sólo será viable si la eficacia de la hipoteca o del embargo frente a quien, con posterioridad a la inscripción o anotación preventiva, compra la finca e inscribe su titularidad, adquiriendo técnicamente la condición de tercer poseedor, queda limitada a las cifras de responsabilidad que el Registro publica.

En otro caso, si esas cifras de responsabilidad no constituyen un límite cuantitativo de la traba en beneficio del tercer poseedor adquirente de la finca, si la cantidad que el comprador puede tener que pagar para liberar la finca es ilimitada e impredecible, pudiendo ser muy superior a la cifra retenida, y si la única forma de conocer el alcance de la traba consiste en acudir al procedimiento y esperar a la liquidación definitiva, la venta de finca hipotecada o embargada, si el acreedor no colabora o no ofrece suficientes garantías, resultará, en la inmensa mayoría de los casos, simplemente inviable, y el consejo del notario a un comprador que demanda plena seguridad jurídica, es decir, la seguridad jurídica normal a la que está acostumbrado, deberá ser que se abstenga de comprar.

Precisamente, intentar aclarar esta cuestión es la finalidad de esta exposición, cuyo objeto principal es el embargo anotado, limitándome en cuanto a la hipoteca, materia mucho más pacífica, a hacer, al final, algunas breves consideraciones.

II. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO ANTES DE LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

— Planteamiento de la cuestión.

La eficacia frente al tercer poseedor de la anotación preventiva de embargo y, más concretamente, de las cifras de responsabilidad que el Registro publica es una cuestión que en los últimos veinte años ha resultado especialmente discutida.

Es en la década de los noventa cuando la polémica se desata en los tribunales, ya que, a falta de un pronunciamiento expreso del Tribunal Supremo, las decisiones de las Audiencias Provinciales fueron radicalmente opuestas, surgiendo dos tendencias enfrentadas que la propia jurisprudencia ha calificado de *hipotecarista*, *registral* o *restrictiva*, una, y de *procesalista*, *civilista* o *extensiva*, la otra.

La inseguridad era enorme puesto que los derechos del tercer poseedor se interpretaban de diferente manera, dependiendo no sólo de la provincia en la que se encontrase el inmueble, sino de la Sala en la que el asunto recayese dentro de una misma Audiencia. Y la confusión llegó a tal extremo que el Tribunal Constitucional, en sentencia de 3 de marzo

de 2003, se ve obligado a dar amparo, en aras del derecho a la tutela judicial efectiva, a un “perplejo” tercer poseedor de una única finca gravada con dos embargos ordenados por distintos juzgados, al que, en mayo de 1999, la Audiencia de Murcia, siguiendo la tesis hipotecarista (auto de 31 de mayo de 1999), le permite liberar la finca de uno de los embargos pagando las cifras de responsabilidad y, sólo diez meses más tarde, la misma Sala, pasándose al bando de los procesalistas, le deniega ese derecho respecto de la segunda traba (auto de 14 de marzo de 2000). Como es procedente, el Tribunal Constitucional no entra en el fondo de la cuestión, se limita a anular el segundo auto y a exigir a la Audiencia que dicte nueva resolución respetando el criterio anterior o, en otro caso, explicitando las razones por las que se resuelve de modo diferente.

Lo curioso es que este problema, que tanta polémica ha generado en los últimos años, era prácticamente inexistente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, hasta la década de los noventa (2).

No hay que olvidar que la enajenabilidad de los bienes embargados no fue una cuestión pacífica, ni con las hipotecas judiciales, que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 equiparaba a una prohibición de disponer, ni con la Ley Hipotecaria de 1861, cuya exposición de motivos se refiere a las anotaciones preventivas de embargo, que a tales hipotecas judiciales sustituye, como un instrumento para *quitar al deudor los medios de destruir la cosa, de enajenarla, y de constituirse él mismo en insolvencia*. Sin embargo, la opinión favorable a la posibilidad de enajenar la cosa embargada se va a imponer en base al primitivo artículo 71 de la propia Ley Hipotecaria, que permitía la enajenación o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales anotados *sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación*; y esta solución se va a consagrar definitivamente con la reforma hipotecaria de 21 de abril de 1909, al remitirse el artículo 16 al régimen establecido para las hipotecas en el caso de que, efectuada la anotación preventiva de embargo, pasen los bienes anotados a poder de un tercer poseedor (3).

(2) El Tribunal Supremo se pronunció a favor de la eficacia absoluta del embargo en sentencia de 24 de diciembre de 1904, si bien, como señala ROCA SASTRE (Ramón María ROCA SASTRE y Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, Editorial Bosch, séptima edición, Barcelona, 1979, t. IV-1.º, pp. 122 y 123, nota 1), *al tiempo de esta sentencia no era preciso hacer constar en la anotación preventiva de embargo el importe máximo asegurado por intereses y costas, a diferencia del Reglamento Hipotecario de 1915, y por ello esta sentencia expresa que no era forzoso determinar con exactitud la cuantía de la extensión de todas las responsabilidades del juicio, porque esa extensión sólo podía ser conocida al terminar la ejecución, bastando la causa expresada en el Registro para saber el alcance y extensión de la responsabilidad, dado que quien adquiere una finca embargada a las resultas de un juicio ejecutivo, no hacía más que subrogarse respecto de ellas en las condiciones del mismo deudor*.

(3) Esta materia es estudiada, como punto de partida de su exposición, por MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: *Eficacia del embargo y su alcance frente a tercero*, pp. 17 a 24, Ed. Aranza-

— Tesis registral.

Precisamente, la falta de un pronunciamiento claro sobre la alienabilidad del bien objeto de anotación preventiva de embargo hace que tanto la Ley de Enjuiciamiento como la Hipotecaria omitan la regulación de las consecuencias de su enajenación, lo que, unido a lo escueto de la regulación general del embargo y, particularmente, de su anotación preventiva, convierten el supuesto en una materia prácticamente no tratada por los autores, resolviéndose casi todos los problemas mediante la simple remisión a la normativa de la hipoteca.

De esta forma, durante muchos años, la tesis dominante, aunque sea de forma prácticamente tácita, es la llamada hipotecarista, que considera que el tercero que, cumpliendo los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, adquiere un bien objeto de una anotación preventiva de embargo anterior puede liberarlo pagando las cantidades que por principal, intereses y costas figuran en la anotación, ya que su constancia registral sirve de advertencia a los eventuales terceros adquirentes de a cuánto alcanza el máximo de su responsabilidad.

Tal planteamiento, a falta de una regulación específica en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se basaría en la legislación hipotecaria, en concreto en el artículo 72.2 de la Ley Hipotecaria, que exige que en la providencia de embargo que dé lugar a la anotación se exprese la causa del embargo y el importe de la anotación, y en el artículo 167 del Reglamento Hipotecario, que impone que en la anotación preventiva de diferentes bienes se exprese la cuantía del crédito u obligación de que respondan todos ellos o la especial de cada uno, caso de haberse efectuado la distribución.

Aunque, a diferencia de lo que ocurría con las hipotecas, respecto de las que el artículo 114 de la Ley limitaba la cuantía de los intereses que pueden asegurarse *con perjuicio de tercero* y el artículo 131.5, en su anterior redacción, permitía al tercer poseedor satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas *en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca*, no existía ninguna norma que limitase expresamente la eficacia del embargo frente a terceros a las cifras de responsabilidad, se tendió a considerar que si tales cifras deben mencionarse necesariamente en la anotación sería para algo, lo que unido al socorrido recurso a los principios hipotecarios, como el de especialidad, publicidad o exactitud registral, y al juego del artículo 34 de la Ley Hipotecaria,

di, Pamplona, 2006, y por SARMIENTO RAMOS, Juan: *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, pp. 23 a 75.

llevó a la aplicación al embargo anotado en el Registro de la normativa prevista para las hipotecas.

Este es el planteamiento que, en la década de los noventa y hasta la promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, se recoge en numerosos autos de Audiencias Provinciales como las siguientes: Audiencia Provincial de Gerona de 25 de mayo de 1992 y 17 de junio de 1994 (aunque en esta última la tesis "restrictiva" se defiende sólo para el tercer poseedor y no para adquirentes posteriores de otros derechos), Audiencia Provincial de Zaragoza de 10 de noviembre de 1992 y 20 de julio de 2000, Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 18 de abril de 1994, Audiencia Provincial de Alicante de 21 de abril de 1997 y 5 de febrero de 1999, Audiencia Provincial de Málaga de 3 de julio de 1997 (que hace referencia a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de noviembre de 1991) y Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de mayo de 1998 (4).

— Tesis procesalista.

Sin embargo, este planteamiento se va a ver pronto superado por lo que se ha venido a llamar teoría "procesalista" o "civilista" que se va a imponer gracias a tres líneas concomitantes: la doctrinal, la jurisprudencial y la doctrina de la Dirección General.

a) *Doctrina.*

Desde el punto de vista doctrinal, constituye un hito fundamental la publicación del trabajo *En torno a la Naturaleza Jurídica del Embargo* (5), cuyo autor, Juan SARMIENTO RAMOS, es, sin duda, el primer y principal precursor de la doctrina procesalista (6).

SARMIENTO propugna una nueva concepción del embargo, que rompe

(4) La búsqueda de resoluciones de Audiencias Provinciales, muchas veces autos, resulta complicada, especialmente respecto de las más antiguas. En las propias resoluciones judiciales y en los trabajos doctrinales se citan muchas más, si bien, como es previsible que los argumentos sean muy similares, he preferido hacer referencia exclusivamente a aquellas que he podido encontrar y estudiar, prescindiendo de citas de "segunda mano".

(5) Obra citada.

(6) Lo cual habla a favor de su imparcialidad intelectual, dada su condición de registrador de la propiedad, puesto que tal planteamiento va a ser atacado, tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundamentalmente por sus colegas registradores. Así, Juan Luis GIMENO considera esta doctrina como un gravísimo ataque contra el principio de especialidad y afirma que, al convertir la anotación preventiva de embargo en una carga oculta, se estaría volviendo a la situación del siglo XIX, cuando la ausencia del principio de determinación convertía en temerarios a quienes compraban bienes inmuebles o prestaban sobre ellos.

con la hasta entonces predominante, y que reconoce no explícitamente confirmada por el ordenamiento jurídico entonces vigente, en la que se considera la traba como una afección del bien embargado al proceso en que se decreta para garantizar su adecuada ejecución. La anotación preventiva tendría un carácter meramente declarativo y sólo serviría para paralizar el juego protector de la fe pública registral respecto de posibles adquirentes posteriores, con absoluta subordinación al proceso de toda eventual enajenación posterior. Consecuencia de todo ello es que lo que queda afecto al proceso es la totalidad del valor del bien trabado, de manera que el tercer poseedor no podrá liberar el bien pagando las cifras de responsabilidad hipotecaria, sino que deberá pagar la totalidad de lo que resulte de la liquidación final que se realice en el proceso, en otro caso sólo tendrá derecho al sobrante que resulte después de pagar todo lo que al acreedor se le debía por todos los conceptos.

b) Dirección General de los Registros y del Notariado.

Esta teoría es la que va a defender la Dirección General de los Registros y del Notariado durante la década de los noventa, si bien se anuncia ya en la resolución de 6 de septiembre de 1988, en la que ya se apunta que *la traba del embargo, a diferencia de la hipoteca, no produce vinculación exclusiva del bien afecto al crédito que lo determina; esa vinculación opera en beneficio del proceso en que se acuerda, al efecto de facilitar la actuación de la justicia y asegurar la efectividad de la ejecución*; y se consagra con la resolución de 21 de noviembre de 1991, en la que, respecto de un supuesto de doble embargo, y tras reconocer que *se trata de una materia ardua y de difícil solución debido a su ubicación en la confluencia de ramas diversas del ordenamiento jurídico (Derecho Procesal, Derecho Hipotecario y Derecho civil) y a la dispersión y carácter fragmentario de la normativa al respecto*, se proclama categóricamente que *todas las sumas realizadas en el procedimiento quedan afectas a la íntegra satisfacción del actor, y sólo después de producirse ésta, se determinará el sobrante*, sin que tal derecho a la íntegra satisfacción del actor se vea restringido a las cantidades consignadas en la anotación.

En el mismo sentido se manifiestan otras resoluciones posteriores, como las de 3 de abril de 1998, 18 de julio de 1998, 12 de noviembre de 1998, 7 de mayo de 1999 y 29 de septiembre de 2000. En todas ellas, siempre en relación a supuestos de embargos sucesivos, pero con una doctrina perfectamente aplicable al tercer poseedor, se niega la aplicación a la anotación preventiva de embargo de las reglas de la hipoteca y, en base a los artículos 1512, 1516, 1518 y 1520 de la anterior Ley de Enjuiciamiento, se proclama la afección del bien al proceso, no al crédito que lo motiva, y

el derecho del actor a la íntegra satisfacción de su derecho, con absoluta independencia de los actos posteriores a la constancia registral del embargo.

c) *Jurisprudencia.*

La tercera vía de penetración de esta teoría “procesalista” está integrada por las resoluciones, autos en la mayoría de los casos, de las Audiencias Provinciales que, al principio tímidamente y luego de forma mayoritaria, se van a inclinar por la interpretación extensiva del embargo.

Así el auto de la Audiencia Provincial de Valladolid de 28 de noviembre de 1994, que se refiere expresamente al *meritorio trabajo que sobre esta cuestión hace el letrado de la DGR don Juan S. R.* afirma que *dada la indudable naturaleza procesal de este instituto del que la anotación no es más que su proyección registral, claramente sujeta y vincula... el bien embargado en sí mismo y consiguientemente, todo el valor e importe que pueda obtenerse de su enajenación*, y tras negar la idea del embargo como afección de una parte del bien trabado, puesto que el objeto del embargo son los bienes y no su valor o parte de él, y rechazar toda posible aplicación supletoria de las normas sobre hipotecas, concluye que *los actos dispositivos sobre el bien embargado posteriores al embargo mismo y reflejados en el Registro después de la anotación de aquél, han de quedar absoluta e inequívocamente subordinados al resultado del proceso de modo que el tercer adquirente que pretenda su liberación y subsiguiente cancelación de dicha anotación de embargo, deberá asumir toda la responsabilidad que se haya originado oportunamente en el proceso en que se decretó la traba.*

Esta doctrina se va a recoger en otras resoluciones, muchas dictadas después de la reforma de la Ley Procesal, pero relativas a asuntos que se regían por la legislación anterior, como: auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 18 de noviembre de 1998, sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de 29 de marzo de 2000, auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de mayo de 2001, auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de octubre de 2001, auto de la Audiencia Provincial de Albacete de 23 de enero de 2003 y auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de marzo de 2005 (auto digno de ser destacado por su extensa y fundada motivación que contiene un meritorio recorrido por las corrientes jurisprudenciales existentes con la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil y una extensa argumentación de la cuestión antes y después de la reforma).

Finalmente el Tribunal Supremo se pronunció sobre la cuestión y en sentencia de 3 de diciembre de 2007, en relación con la sentencia de la

Audiencia Provincial de La Coruña de 29 de marzo de 2000, relativa a un caso anterior a la reforma de la Ley procedimental, consagra la tesis procesalista o extensiva al afirmar que la cantidad por la que se despacha ejecución *prudencial o estimativamente calculada para intereses y costas no es definitiva, sino a reserva de la liquidación definitiva, y la anotación preventiva de embargo, mientras mantiene su vigencia, sujeta la titularidad de los bienes objeto de la misma al resultado del proceso en que se haya producido la traba*; en consecuencia, el tercer poseedor de la finca embargada no puede pretender el levantamiento de la traba mediante la consignación de las cifras de responsabilidad que constaban en el Registro, sino que, para evitar la ejecución, deberá pagar las cifras que resulten de la liquidación definitiva.

Con esta sentencia el Tribunal Supremo, aunque con una argumentación escueta y ventilando el asunto en unas pocas líneas, viene a resolver la cuestión que con la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil se planteaba, precisamente, por la escasa regulación que se dedicaba a la ejecución en general y al embargo en particular. Pero, mientras tanto, se produce un hecho trascendental, cual es la promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, en la que, paradójicamente, una regulación mucho más extensa, pero no siempre armónica, de la ejecución vuelve a poner la cuestión en tela de juicio y lejos de resolver el problema lo que hace es agudizar la polémica.

III. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO EN LA ACTUAL LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

— Tramitación parlamentaria.

El proyecto que fue presentado a las Cortes se inclinaba, de forma indiscutible, por la tesis hipotecarista, ya que el actual artículo 613 (615 en el proyecto) contenía los dos primeros párrafos actuales, referido a los efectos generales del embargo, y un párrafo tercero que decía: *Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los bienes sean de las clases que permitan la anotación preventiva de su embargo, el ejecutante sólo podrá exigir de terceros poseedores las cantidades que aparezcan en dicha anotación en la fecha en que aquéllos inscriban su adquisición.*

En su paso por la Ponencia del Congreso se cambia la redacción por la siguiente: *Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los bienes sean de las clases que permitan la anotación preventiva de su embargo, la responsabilidad de los terceros poseedores respecto del principal, intereses y costas reclamados en la ejecución tendrá como límite las*

cantidades que, para cada uno de dichos conceptos, aparecieran consignadas en la anotación en la fecha en la que aquéllos hubieran inscrito su adquisición.

Esta redacción, consecuencia de un acuerdo transaccional a partir de una enmienda (la 521) presentada por el Grupo Socialista, y a pesar de las dudas que pueda plantear la referencia a la fecha de la inscripción de la adquisición, responde a una mejora técnica que no modifica la idea inicial contenida en el proyecto claramente favorable a las tesis hipotecaristas.

Simultáneamente, en el Informe de la Ponencia, recogiendo la enmienda 1.330 del Grupo Parlamentario Catalán (CIU), con alguna corrección técnica, se introduce el actual párrafo tercero del artículo 659, con la siguiente redacción, idéntica a la actual: *Cuando los titulares de derechos inscritos con posterioridad al gravamen que se ejecuta satisfagan antes del remate el importe del crédito, intereses y costas, dentro del límite de responsabilidad que resulte del Registro, quedarán subrogados en los derechos del actor hasta donde alcance el importe satisfecho. Se harán constar el pago y la subrogación al margen de la inscripción o anotación del gravamen en que dichos acreedores se subrogan y las de sus créditos o derechos respectivos, mediante la presentación en el Registro de acta notarial de entrega de las cantidades indicadas o del oportuno mandamiento judicial, en su caso.*

Con esta modificación se extiende la regulación, prevista para los terceros poseedores en el artículo 613.3, a los titulares de derechos inscritos con posterioridad al embargo, unificándose, según la enmienda, *el régimen de comunicación a los acreedores posteriores inscritos, y de intervención de los mismos en el procedimiento, incluyendo la facultad de pagar el crédito del ejecutante y subrogarse en su posición*, ya que, sigue diciendo la justificación de la enmienda, *no existe razón para que, en estos temas, existan diferencias de régimen entre la ejecución ordinaria sobre inmuebles y la ejecución hipotecaria.*

En la tramitación en el Senado se va a introducir el actual apartado tercero del artículo 662, que dice: *En cualquier momento anterior a la aprobación del remate o a la adjudicación al acreedor, el tercer poseedor podrá liberar el bien satisfaciendo lo que se deba al acreedor por principal, intereses y costas, dentro de los límites de responsabilidad a que esté sujeto el bien, y siendo de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 613 de esta Ley.*

El origen de este texto se encuentra en la enmienda 377 del Grupo Parlamentario Catalán (CIU), siendo su justificación: *hacer referencia expresa a la facultad del tercer poseedor de liberar el bien pagando lo que se debía al acreedor dentro del límite de responsabilidad a que esté sujeto el bien.* Aunque la enmienda fue rechazada, el texto que se añade es idéntico al propuesto por ese Grupo Parlamentario, con la única salvedad de

que la expresión *hasta antes de la celebración de la subasta*, propuesto en la enmienda, se sustituye, en el texto finalmente aprobado, por *en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o a la adjudicación al acreedor*.

En toda esta regulación se mantiene claramente la idea de que las cifras de responsabilidad, que figuran en la anotación preventiva, constituyen un límite en beneficio de terceros poseedores, de todos los terceros poseedores, y de adquirentes de derechos inscritos con posterioridad al embargo. El artículo 613.3 sería la regla general y los artículos 659.3 y 662.3 aplicaciones concretas.

El problema se plantea cuando, durante la tramitación en el Senado, se pretende dar un vuelco a toda la regulación modificando el artículo 613.3, pero sin tocar las otras dos normas y otros muchos preceptos conexos. En concreto, la modificación que se introduce consiste en concretar que los terceros poseedores cuya responsabilidad tiene como límites las cantidades que, para la satisfacción del principal, intereses y costas, aparecieran consignadas en la anotación en la fecha en que hubieran inscrito su adquisición son los *que hubieran adquirido dichos bienes en otra ejecución*. Con estas sólo ocho palabras se intenta cambiar el sentido de toda una compleja regulación y se abre de nuevo, con más virulencia si cabe, la discusión doctrinal.

Tal modificación fue consecuencia de la enmienda 282 del Grupo Popular en el Senado, cuya justificación, inusitadamente larga, dice así:

La limitación de la responsabilidad respecto de los embargos sólo está justificada para favorecer la transmisión de los bienes embargados en otra ejecución que se siga por un gravamen posterior. Si esa limitación se establece a favor de cualquier tercer poseedor, se favorece que el ejecutado venda por su cuenta los bienes embargados con posible perjuicio para el acreedor. Ejemplo: embargado un bien en una ejecución despachada por 100—cantidad que se hace constar en la anotación—, la ejecución llega a estado en que, por el devengo de intereses moratorios y por las costas ya producidas, la deuda total asciende a 120. Si, antes de que el acreedor pida y obtenga que se haga constar el aumento en la anotación, el deudor vende el bien a un tercero por 120 y el adquirente inscribe su derecho, el deudor se embolsa los 20 (sería ingenuo pensar que los va a depositar en el Juzgado a disposición del acreedor) y el acreedor sólo podrá obtener del tercer poseedor 100. Que esto no es admisible se demuestra porque, si ese mismo tercero hubiera ofrecido 120 en la subasta de la ejecución, a él le habría costado lo mismo adquirir el bien, y el ejecutante habría quedado totalmente satisfecho. Quizá pueda reprocharse al acreedor falta de diligencia, pero no es razonable que de esa falta de diligencia se beneficie precisamente el

deudor. La situación cambia cuando el tercer poseedor ha adquirido en otra ejecución seguida contra el mismo deudor, en este caso quien se beneficia de la falta de diligencia del acreedor al no pedir la constancia registral del aumento en la deuda no es el deudor, sino otro acreedor, como premio a haber conducido con más eficacia su ejecución. De esta forma, la relativa anomalía que supone la pequeña ventaja obtenida por un acreedor posterior respecto a un acreedor preferente se compensa por los beneficios que, en términos generales, reporta el facilitar las ejecuciones sobre bienes con embargos anteriores trabados en otras ejecuciones que quizá estén en vía muerta. Por lo demás, el acreedor diligente podrá evitar que acreedores posteriores obtengan la ventaja de que estamos tratando, mediante la rápida utilización del sistema previsto en el apartado 4 del propio precepto para mantener actualizada la cantidad consignada en la anotación.

Esta motivación es más que discutible, tanto desde un enfoque de política legislativa como respecto de los argumentos esgrimidos, pero a la vista del texto resultante no cabe dudar que la intención de los presentantes de la enmienda fue restringir la limitación de responsabilidad que deriva de las cifras de responsabilidad a los terceros poseedores que adquieren en otra ejecución, privando de tal privilegio a todos los demás adquirentes.

Cuestión distinta es que la finalidad perseguida se haya conseguido y que el texto finalmente aprobado diga eso u otra cosa distinta, más cuando la técnica utilizada es absolutamente defectuosa, ya que se limita a introducir una breve precisión dentro del apartado tercero del artículo 613, pretendiendo cambiar su sentido originario, pero sin modificar en absoluto otras muchas normas que responden al mismo planteamiento que ese artículo 613 tenía antes de su reforma, lo que no hace sino crear una regulación aparentemente incoherente.

Ante este panorama la doctrina se divide entre los defensores de la tesis procesalista, que ven en el artículo 613.3, y en su interpretación a contrario, un argumento irrefutable y quienes, desde el planteamiento registral, intentan una interpretación correctora del tenor literal del artículo 613.3 en base al conjunto de la regulación contenida en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y a la Ley Hipotecaria, produciéndose una gran proliferación de ensayos, artículos, conferencias, tratados e, incluso, monografías que se ocupan del tema, tal y como se expondrá a continuación, previa la exposición de las posturas jurisprudenciales y de la Dirección General.

— Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En lo que a nuestra Dirección General se refiere, su doctrina es la inquebrantable adhesión a la tesis procesalista, en su versión más extrema, como era de esperar en un órgano que siempre ha sido precursor de tales planteamientos.

En términos generales, la resolución de 2 de diciembre de 2004, en relación con los créditos privilegiados y el reembolso, reproduce la tesis que antes de la reforma venía manteniendo, afirmando que, *en esencia, la naturaleza y efectos del embargo no han cambiado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 y, por ello, debe seguir aplicándose la doctrina anterior*. En el mismo sentido se pronuncia la resolución de 28 de junio de 2005.

La resolución de 26 de septiembre de 2003 se plantea, más específicamente, la posibilidad de hacer constar en el Registro la ampliación de un embargo, para reflejar el exceso devengado durante la tramitación, en cuanto a intereses y costas, respecto de lo inicialmente anotado, en un supuesto en el que entre la anotación y la ampliación han accedido al Registro otros embargos. La Dirección General concluye que es posible hacer constar la ampliación al margen de la primera anotación en perjuicio de los titulares de derechos posteriores y sin su consentimiento, todo ello a partir de una interpretación, a mi juicio, un tanto simplista, basada fundamentalmente en la eficacia del embargo y en el tenor literal del artículo 613.3, y, sobre todo en su interpretación a contrario, prescindiendo de otras normas y consideraciones, que, como se estudiará, plantean muchas dudas y que para la Dirección General ni siquiera existen.

En concreto, la argumentación de la Dirección General se contiene en los tres últimos fundamentos de Derecho que transcribo:

3. *La cuestión que surge ahora es determinar si la consignación marginal de estos excesos puede realizarse cuando sobre el bien embargado se han inscrito o anotado posteriormente otros derechos o gravámenes. La respuesta negativa se basaría en que frente a estos terceros la responsabilidad del bien embargado quedaría limitada a la cantidad que en el momento de inscribir su adquisición constase en la anotación de aquél. Tal solución, sin embargo, no puede prosperar, y ello por las siguientes consideraciones, alguna de ellas claramente formuladas en el nuevo texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil: 1) Que en ningún lugar de la Ley de Enjuiciamiento Civil—salvo en la hipótesis marginal del artículo 613.4, que luego veremos— se establece que la cantidad que figura en la anotación de embargo, significa el límite de responsabilidad a que queda afecto el bien embargado, frente a titulares posteriores de derechos sobre dicho bien; antes al contrario, la*

nueva Ley de Enjuiciamiento Civil claramente establece, en el artículo 613.1, como regla básica, que el embargo atribuye al acreedor el derecho a cobrarse íntegramente con el precio de realización del bien trabado y, en consecuencia, los adquirentes posteriores de algún derecho sobre dicho bien, no pueden desconocer legítimamente tal alcance del embargo. 2) Siguiendo la línea del número 1 del artículo 613 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el número 2 de este mismo artículo establece que este derecho al cobro íntegro por el acreedor embargante no puede ser impedido por ningún otro acreedor que no haya sido declarado preferente en tercería de mejor derecho. 3) Que, además, el artículo 610 de la Ley, añade, en la misma línea, que el efecto del reembargo queda supeditado a la previa satisfacción del embargante anterior, de modo que ese segundo embargo en modo alguno puede menoscabar ese derecho al íntegro cobro por el acreedor embargante.

4. Así pues, si los demás acreedores del deudor embargado, en cuanto tales acreedores, no pueden impedir que el actor embargante se cobre íntegramente con cargo al bien trabado, si no interponen y triunfan en la correspondiente tercería de mejor derecho; y si claramente se establece que el reembargo no puede perjudicar de ningún modo al embargante anterior, no hay razón para que la extensión de anotación de embargo posterior impida reflejar en la anotación del primer embargo, ese exceso de lo ya devengado por intereses y costas sobre lo inicialmente previsto en la ejecución en que se acordó, pues, en definitiva se trata de desenvolver registralmente un derecho, el del cobro íntegro de ese primer embargante, que la Ley de Enjuiciamiento Civil le reconoce indubitadamente; y que lo confirma expresamente ante la existencia de otros probables acreedores y de otros posibles embargos posteriores.

5. La solución anterior es igualmente confirmada por el artículo 613.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al que antes habíamos aludido. En efecto, este precepto sí que establece una hipótesis en que la cantidad que consta en la anotación de embargo opera como límite de responsabilidad del bien trabado; pero en cuanto se formula esa limitación como una excepción a la regla general de los 2 números anteriores del artículo 613 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en beneficio de un tercero muy concreto, y respecto un momento determinado, viene a confirmarse que para las demás hipótesis la regla es la contraria, esto es, que la cantidad que consta en la anotación de embargo no es límite de responsabilidad del bien trabado, sino que todo él queda afecto por el embargo al íntegro pago del crédito perseguido en el proceso en que se ordena la primera traba, tal y como establece la regla señalada, regla que no por casualidad encabeza el propio artículo en que se contiene la excepción que ahora se comenta.

Nótese además que cuando el número 3 del artículo 613, habla de que la cantidad que consta en la anotación es límite de responsabilidad del bien tra-

bado, lo hace solamente en beneficio de quien hubiera adquirido el bien trabado en otra ejecución (esto es, quedan excluidos los terceros poseedores que adquieren voluntariamente del deudor embargado); y aún frente a este rematante contemplado en el artículo 613.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se precisa que el límite de responsabilidad serán la cantidad que figure en la anotación al tiempo de la inscripción de tal transmisión forzosa, de modo que antes de esa inscripción (y, por tanto, después de la anotación del reembargo que dará lugar a esa enajenación judicial), puede todavía consignarse en la anotación del primer embargo las variaciones de aquellas cantidades ahora cuestionadas.

La doctrina sentada por la resolución de 26 de septiembre de 2003 se va a reiterar, con prácticamente idéntica argumentación, en otras posteriores, como la de 12 de febrero de 2005, 26 de abril de 2005, 2 de noviembre de 2005 (estas dos últimas referidas específicamente a supuestos de tercer poseedor, si bien la argumentación es la misma, aunque algo resumida).

La resolución de 25 de abril de 2006 se refiere a un supuesto de tercer poseedor adquirente en una ejecución. En este caso, tras reiterar la doctrina de la resolución de 26 de septiembre de 2003, se reconoce, en base al artículo 613.3, el derecho del adjudicatario a que un embargo anterior al que dio lugar a la ejecución se limite a las cifras de responsabilidad que figuran en el Registro, pero atendiendo al momento en que se inscriba la transmisión forzosa y, por tanto, el adjudicatario queda perjudicado por una ampliación de un primer embargo que accede al registro después de la anotación del segundo embargo que dio lugar a la subasta, pero antes de la inscripción a favor del adjudicatario en ésta (y antes también de la presentación del título de adjudicación). En el mismo sentido la resolución de 26 de marzo de 2006.

También recoge esta doctrina la resolución de 4 de diciembre de 2003, si bien en este caso se deniega la constancia registral de la ampliación en consideración a que ésta se pretendía no sólo de las costas, sino también del principal, no resultando del mandamiento que la parte por la que se amplía el principal se correspondiese con un crédito que se pudiese hacer valer en el procedimiento en el que se ordenó el embargo (v. gr., vencimientos posteriores de la misma obligación). En idéntico sentido la resolución de 1 de octubre de 2005 y la de 18 de septiembre de 2007.

Sin embargo, por la resolución de 18 de marzo de 2006, se permite el acceso al Registro, en un supuesto de error judicial en la determinación de la cantidad inicialmente reclamada, de un mandamiento judicial de rectificación de esa cantidad, pese a existir terceros con derechos inscritos, al estimarse que si es posible la ampliación, en perjuicio de terce-

ros, de las cantidades iniciales también será posible la rectificación de un error en la determinación de la cantidad anotada siempre que *resulte del mandamiento que la cantidad por la que se quiere ampliar o rectificar el embargo corresponde a la misma obligación que motivó la anotación inicial.*

En relación con la ampliación del embargo respecto a la cantidad reclamada por principal, la resolución de 30 de septiembre de 2005 es mucho más permisiva, ya que admite la ampliación en perjuicio de terceros adquirentes de derechos *para los supuestos de acumulación de procedimientos de ejecución, aunque derive de créditos diversos, argumentando que como reiteradamente ha señalado este Centro Directivo, el embargo sujeta el bien embargado al resultado de un determinado procedimiento y no es una afección al pago de un determinado crédito, por lo que el hecho de que al procedimiento primeramente iniciado se hayan acumulado otros no es óbice para la cancelación de los asientos posteriores al embargo ejecutado; el embargo no es una afección de una parte del valor en cambio del bien embargado y, por ello es ajeno al concepto de embargo la aplicación que, en definitiva, se da al precio del remate (véase Resolución de 2 de diciembre de 2004). Los eventuales derechos de los acreedores protegidos por las anotaciones de embargo cuya cancelación ahora se ordena, y por tanto su posible prioridad creditual, deberían haberse ejercitado en el correspondiente procedimiento que motiva la ejecución y al que se han acumulado determinados créditos posteriores. 4. Por la misma razón la manifestación en el mandamiento de cancelación de que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al crédito del actor, y que en caso de haberlo superado se depositó el remanente a disposición de los interesados (artículo 674-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y disposición adicional primera de la Ley de Procedimiento Laboral), que es calificable por el Registrador, debe realizarse en función de la totalidad de los créditos acumulados, comprendidos dentro de la cobertura de la anotación de embargo a la que se han ido acumulando.*

En definitiva, desde la perspectiva de la Dirección General, que puede ser calificada de “hiperprocesalista”, la posición de los terceros, ya sean terceros poseedores adquirentes por actos voluntarios del ejecutado o titulares de otros derechos, es especialmente mala, ya que no sólo quedan a expensas de la liquidación definitiva, sin limitación alguna, en cuanto a los intereses de demora y las costas y, lejos de poder confiar en lo que el Registro publica, tendrán que acudir al procedimiento para conocer la extensión final del embargo en cuanto a tales conceptos, que en todo caso les van a perjudicar sin límite alguno, sino que, además, ni siquiera pueden confiar en lo que el Registro publica sobre el propio crédito asegurado y su cuantía, puesto que no están protegidos frente a un error, que puede suponer un incremento, en su perjuicio, de la cifra de capital recla-

mada, y, lo que es peor, estarán indefensos frente a una posible acumulación de procedimientos que implicará la extensión de la eficacia de la traba, también en su perjuicio, a créditos distintos de los que originaron la anotación preventiva.

— Audiencias Provinciales.

En lo que a la jurisprudencia se refiere, el tema no ha llegado al Tribunal Supremo, pero sí a las Audiencias Provinciales, las cuales se han decantado de forma casi unánime por la tesis procesalista.

De hecho, prácticamente todos los autos anteriormente citados que, en relación a supuestos regidos por la legislación anterior, son dictados tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento se adhieren a la tesis procesalista y en muchos de ellos se hace referencia a la nueva regulación como una confirmación de tal planteamiento. Es el caso del auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de octubre de 2001 [en el que se llega a afirmar que *igual que carece de trascendencia la cantidad por la que se anotó el embargo tampoco resulta relevante que no hiciera mención de los intereses puesto que lo que constaba con claridad eran los datos del procedimiento judicial existente de los cuales podía haber obtenido el postor la información precisa* (7)], el de la Audiencia Provincial de Albacete de 23 de enero de 2003 y el de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de marzo de 2005.

Y cuando se trata de procedimientos sometidos a la nueva Ley, prácticamente todas las Audiencias se adhieren unánimemente a la tesis procesalista, como lo hace la Audiencia Provincial de Barcelona en autos de 29 de septiembre de 2005 y 29 de noviembre de 2006, en los que se considera que al limitar el artículo 613.3 exclusivamente la responsabilidad del tercer poseedor que adquiere en otra ejecución debe concluirse que no existe limitación de responsabilidad para los adquirentes en negocios voluntarios.

La única excepción que he podido encontrar consiste en el auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 5 de febrero de 2004. Curiosamente el supuesto parte de un mandamiento de ampliación de embargo que el registrador rechaza por figurar la finca inscrita a nombre de un tercero, se interpone recurso gubernativo y pasados tres meses sin que recaiga resolución se acude a la vía judicial. El auto comienza refiriéndose a la

(7) Resulta curiosa la profesión de fe procesalista que hace la ponente incluyendo en el último razonamiento lo siguiente: *decir por último que esta Ponente ya mantenía la tesis ahora expuesta cuando era titular de un Juzgado de 1.ª Instancia de esta ciudad y también cuando presidía la Sección 16.*

resolución de la Dirección General de 26 de septiembre de 2003, precursora, como se ha visto, de la doctrina favorable a tales ampliaciones en perjuicio de terceros inscritos, pero, aunque dice seguir la doctrina sentada por esa resolución, afirma que a la excepción prevista en el artículo 613.3 para los terceros poseedores que adquieran en otra ejecución hay que añadir la del artículo 662.3 para *cualquier poseedor del bien, adquirido antes de la adjudicación y después de la anotación de embargo*, lo que le lleva, al entender incluido en ese artículo 662.3 a todo tercer poseedor y estimar que la responsabilidad tiene el límite establecido en la anotación, a rechazar, en contra de la postura de la Dirección General, la posibilidad de hacer constar en el Registro la ampliación del embargo cuando el bien figura ya inscrito a nombre de persona distinta del ejecutado.

Resulta especialmente destacable, por su extensa y sólida argumentación, el citado auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de marzo de 2005 (del que es ponente la magistrado Amparo Camazón Linacero). El auto, tras hacer un extenso resumen de las doctrinas que surgieron bajo la vigencia de la antigua Ley destaca que, tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento, se sigue considerando al embargo como una medida de afección o garantía con la que se pretende asegurar la totalidad de las responsabilidades que se puedan derivar de un proceso de ejecución, sirviendo las cifras por las que se despacha ejecución tan sólo como criterio rector para la elección de los bienes a embargar. Entre otros fundamentos legales se cita el artículo 578, que permite la ampliación del embargo a nuevos vencimientos sin necesidad de retrotraer el procedimiento, el artículo 610, que permite el reembargo sólo cuando queden a salvo los derechos de los embargantes preferentes, el artículo 613.2, que impide que se apliquen las sumas realizadas a ningún objeto que no haya sido declarado preferente en tercería de mejor derecho sin estar completamente reintegrado el ejecutante del capital, intereses y de todas las costas, y el artículo 613.1, que consagra el principio de extensión del embargo a todas las responsabilidades derivadas del proceso. Ahora bien, el propio auto admite la existencia de dos preceptos contradictorios: el artículo 612 en relación con el artículo 613.4, relativo a la mejora del embargo y a su constancia en la anotación preventiva (lo que es salvado por el auto destacando el carácter facultativo de la medida y su eficacia limitada a casos concretos), y el artículo 662, que permite al tercer poseedor liberar el bien satisfaciendo antes del remate el principal, intereses y costas *dentro del límite de responsabilidad*, pero, al no indicarse cuáles son los límites a los que está sujeto el bien, el auto entiende que la solución, bien sea entendiendo que se refiere a la cantidad fijada en el título ejecutivo o a toda la responsabilidad que pueda derivarse del proceso de ejecución, deberá ser obtenida del análisis de otros preceptos de la Ley.

A estos efectos el auto realiza un extenso estudio del artículo 613.3, incluidos los avatares de la tramitación parlamentaria, con expresa referencia a la motivación de la enmienda responsable de su actual redacción, para concluir que el tratamiento privilegiado otorgado por dicho precepto únicamente afecta a las personas que adquieran los bienes a través de un procedimiento de ejecución frente a los otros adquirentes y, criticable o no, en nada afecta a éstos otros adquirentes, pues el legislador ha querido favorecer las ejecuciones sustentadas en otros adquirentes y conceder un trato especial a los adquirentes en procedimientos de apremio para que acudan a las ventas judiciales con ciertas garantías, y en este supuesto la garantía para el ejecutante viene tanto por la advertencia de la ejecución en marcha que puede perjudicar sus derechos como por la posibilidad de ampliar la cantidad que consta en la anotación preventiva. El legislador no ha hecho ninguna otra salvedad al establecer los límites al principio de prioridad y al de extensión cuantitativa del embargo (art. 613.3), y, por ello, debe entenderse que todos los restantes terceros, cualquiera que sea el título de su adquisición, deben soportar que el acreedor obtenga con el producto de la venta del bien embargado lo necesario para cubrir totalmente su crédito y todas las costas de la ejecución.

Sin embargo, después de toda la exposición, la ponente reconoce que toda su argumentación tiene un punto flaco en el artículo 659 que, al reconocer a *los titulares de derechos inscritos* el derecho a satisfacer *antes del remate el importe del crédito, intereses y costas, dentro del límite de responsabilidad que resulte del Registro*, podría suponer la quiebra de la extensión de la garantía del embargo hasta el total de las responsabilidades que se deriven del proceso de ejecución. Ante tal posibilidad, la Audiencia de Madrid, considerando que el artículo 659 supone un inadecuado traslado al proceso de ejecución común desde el procedimiento hipotecario, sin percatarse de las diferencias que existen entre hipoteca o embargo, y que su redacción actual es un error del legislador, ya que al modificarse el artículo 613.3 debería haberse modificado el artículo 659, realiza una interpretación sistemática de la materia, poniendo en relación este precepto con los artículos 613 y 610, especialmente, para concluir, dejando el precepto sin contenido, *que debe prevalecer el principio de la extensión de la garantía a toda la deuda que se haya generado en el proceso de ejecución*. Eso sí, reconociendo que esta solución *choca con la letra de la ley, aunque debe ser aceptada so pena de llegar a una situación de confusión en esta materia mucho mayor que la que existía antes de la publicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Frente a la argumentación más simplista, basada casi exclusivamente en los efectos del embargo y en la interpretación a contrario del artículo 613.3, realizada por muchas Audiencias, y, en cierta medida, también por la Di-

rección General, este auto pone de manifiesto la complejidad del tema y la gran cantidad de preceptos legales, no siempre perfectamente armónicos y coherentes, que inciden en la cuestión y que son utilizados por los diferentes autores para llegar a conclusiones radicalmente opuestas, como se expone a continuación.

— Planteamientos doctrinales.

Frente a la uniformidad jurisprudencial, con la nueva Ley se mantiene la escisión doctrinal en torno a las dos grandes tesis tradicionales.

a) *Tesis procesalista.*

La tesis procesalista es la más extendida entre los autores, especialmente entre catedráticos y magistrados, aunque su mayor defensor, en la versión más extrema, es, otra vez, Juan SARMIENTO RAMOS (8).

Para este autor, *en virtud de la traba, todo el bien y todo el importe que se obtenga en su realización forzosa quedan afectos al pago íntegro de la deuda que motivó el embargo (incluso, de las deudas de otros acreedores que hubieran concurrido por medio de una tercería de mejor derecho), de modo que para obtener el alzamiento de la traba antes de la subasta habrá que satisfacer todas las cantidades que en ese momento se adeuden al actor (y, en su caso, a los terceristas de mejor derecho existentes) aun cuando excedan de las que inicialmente se consignaron en la anotación.* Se basa, para ello, en los principios básicos proclamados por la Ley, según los cuales la traba concede al ejecutante el derecho a percibir del precio del remate todo lo necesario para cobrarse completamente del importe de la deuda que conste en el título, de los intereses devengados y de todas las costas de la ejecución, no pudiéndose, en tanto esto no ocurra, darse al precio del remate otro destino salvo la hipótesis de tercería de mejor derecho triunfante (arts. 613.1 y 2), en el carácter meramente provisional de las cifras de responsabilidad (art. 575) y en la lógica interna del sistema, pues si el propio deudor ejecutado no puede alzar el embargo sin pagar íntegramente al actor (arts. 650.5 y 670.7), sus causahabientes no han de merecer mejor consideración, ya que ello supondría admitir que el alcance del embargo queda, en cierta medida, en manos del deudor embargado.

(8) SARMIENTO RAMOS, Juan: "Cuantificación de la responsabilidad a que queda afecto el bien embargado, en el esquema de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III, pp. 4315 a 4328, Thomson Civitas, 2004.

Opina SARMIENTO que el juego del Registro no introduce ninguna alteración en la regla de la íntegra afección al pago total del actor, puesto que ni hay incompatibilidad conceptual entre el hecho de consignar en la anotación del embargo un determinado importe y el efecto de vinculación de todo el bien trabado ni existe norma alguna que excepcione, para el embargo, la regla general del carácter declarativo de la consignación registral. En particular, dice, ni existía ni existe en la actualidad norma similar en la Ley Hipotecaria, y los tres preceptos que podrían fundamentar la tesis de limitación de responsabilidad en la Ley de Enjuiciamiento Civil, los artículos 613.3, 659.3 y 662.3, son desechados, ya que, para este autor, el primero debe ser objeto de interpretación estricta, considerándolo una excepción muy puntual a favor de un tercero muy concreto, el rematante en una segunda ejecución, pendiente otra anterior, debiendo ser excluidos todos los demás, y los otros dos artículos sólo obedecen a un olvido justificado por la facilidad y precipitación con que se introducían y volvían a suprimir preceptos básicos durante el trámite de enmiendas, aunque reconoce que hubiese sido conveniente, en aras de la claridad y seguridad, su supresión.

En consecuencia, para SARMIENTO, no basta la consulta del Registro para saber de cuánto responde el bien, sino que deberá acudir al propio proceso en que se acordó la traba y, si se quiere levantar el embargo, abonarse todas las cantidades a las que hasta ese momento se hubiere extendido la ejecución, lo que a este autor parece acertado *toda vez que: a) no resultaría lógico que al embargante que pretende con la anotación asegurar frente a todos la eficacia propia de la traba, se le impusiera, como peaje de tal protección, una rebaja de esa eficacia inherente al embargo; b) la seguridad del tráfico en nada se resiente si se afirma la íntegra afección del bien trabado y de todo el precio obtenido en su remate, pues, si ya de por sí resulta extraño que se posibilite la disposición por el deudor del bien que acaba de ser seleccionado para su inmediata realización judicial, quien pretenda adquirir derechos sobre el mismo no puede llamarse a engaño si se le hace pasar por las consecuencias del proceso en que se decretó la traba; c) si se examina la cuestión con criterios de justicia intrínseca, nos parece más equitativo garantizar al embargante el cobro íntegro de su derecho en la medida que lo permita el bien embargado, que conceder al deudor la posibilidad de restringir ese derecho del embargante, disponiendo del bien que ya le ha sido embargado; d) no parece razonable que en beneficio de posibles terceros, se exija al embargante el reflejo registral de cualquier vicisitud del proceso (interposición de tercerías de mejor derecho, vencimiento de nuevos plazos, etc.), para mantener la garantía del íntegro cobro con cargo al bien trabado, pues, desde la anotación*

inicial, los terceros saben de la pendencia del proceso y de que sus vicisitudes no son siempre previsibles para el actor.

La interpretación estricta del artículo 613.3, la consideración como vestigios históricos de los artículos contradictorios, la defensa a ultranza del proceso y del derecho del acreedor a cobrar íntegramente todo lo que se le debe, así como la exclusión de toda posibilidad de fraude por parte del ejecutado son argumentos recurrentes entre los numerosos autores que se adscriben a la tesis procesalista.

Así, Ana DÍAZ MARTÍNEZ (9), aunque considera que hubiera sido preferible plasmar la idea de limitación de responsabilidad del tercer poseedor del bien embargado, considera que la Ley ha optado por proteger el interés del ejecutante en cobrar íntegramente el importe de la deuda, con intereses y costas frente al tercer adquirente, con la única excepción del tercero que adquiere el bien en otro proceso de ejecución, lo que co-honestamente perfectamente con la intención de la Ley de potenciar la seguridad de las subastas y la intervención de licitadores que no se vean sorprendidos por la necesidad de pagar cantidades que no tenían publicidad registral. Para esta autora es concluyente la dicción literal del artículo 613.3, que se refiere sólo al tercer poseedor adquirente del bien en otra ejecución, lo que es aplicable también al artículo 662.3, ya que otra interpretación haría superflua la existencia del párrafo tercero del artículo 613, puesto que sería suficiente la previsión, para todo tercer poseedor, del artículo 662. Y en el mismo sentido, en base fundamentalmente al artículo 613.3, se manifiesta Jaime VEGAS TORRES (10).

Una brillante condensación de la tesis procesalista es realizada por Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA (11), para quien *no es el crédito que obtuvo la anotación el que resulta asegurado sino el buen fin del procedimiento de ejecución y no se trata de proteger a los adquirentes del bien embargado, sino de impedir que el deudor embargado se situara él mismo en situación de insolvencia*. A través de la anotación preventiva no se trata de asegurar el crédito que obtuvo la anotación, sino el procedimiento concreto de ejecución en el que se obtuvo el embargo, lo que significa que el objeto

(9) DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: *La Ejecución Forzosa sobre Inmuebles en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Aspectos Civiles y Registrales*, Editorial Aranzadi, 2001, pp. 262 a 270.

(10) VEGAS TORRES, Jaime: "El reembargo", *Cuadernos de Derecho Registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, pp. 136 a 139.

(11) ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *Efectos Jurídico-reales del Embargo de Inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Aranzadi, 2005, pp. 219 a 225, y "El embargo afecta a la totalidad del valor del bien al procedimiento de ejecución. Comentario a la RDGRN de 26 de septiembre 2003 (RJ 2003, 6468)", *Revista de Derecho Patrimonial*, número 13, Thomson-Aranzadi, 2004.

de publicidad en el caso del embargo se agota en la identificación del procedimiento que sobre el inmueble se encuentra pendiente, *el posible adquirente del bien sabe o debe saber que sólo informándose detalladamente de la situación procesal del embargo puede llegar a un adecuado conocimiento del estado concreto del inmueble*. Así se desprendería de los artículos 575, del que se deriva el carácter provisional, sin perjuicio de posterior liquidación, de la cantidad por la que se despacha ejecución; del 610, que subordina los derechos del reembargante a la satisfacción de los derechos del ejecutante anterior; y, sobre todo, del artículo 613.3 que, como se deduce claramente de la enmienda que lo originó, pretende beneficiar exclusivamente a los adquirentes que lo fueran en otra ejecución y no a cualesquiera terceros adquirentes, debiendo ser considerado como una norma excepcional de interpretación restrictiva; constituyendo los artículos 659.3 y 662.3 *vestigios de un criterio diferente que se barajó durante la elaboración de la norma, y que, finalmente, fue desechado*, radicando el problema en que *el legislador no armonizó debidamente estas confusas expresiones con el criterio finalmente adoptado*.

María José ANCHÓN BRUÑÉN (12) reconoce que la literalidad del artículo 663.3 *viene a primar la seguridad jurídica, es decir, lo que consta en el Registro sobre la realidad extrarregistral, por lo que, beneficiando sobremanera al tercer poseedor, le permite liberar el bien abonando tan sólo las cantidades que consten en la anotación preventiva de embargo*. Dicha solución castiga, sin razón alguna, al ejecutante por el mero hecho de haber previsto inicialmente una cantidad para intereses y costas inferior a la finalmente resultante por estos conceptos, y, si bien es cierto que el artículo 613.4 permite al ejecutante pedir la ampliación del embargo, *dicha previsión legal tampoco solventa el problema que nos ocupa, pues el importe de dichas partidas se incrementa paulatinamente a lo largo de todo el proceso y no se puede exigir al ejecutante que para salvaguardar sus intereses esté continuamente solicitando sucesivas ampliaciones de la originaria anotación preventiva del embargo, dado el coste que ello comporta y el trabajo adicional para los Juzgados y Registros*. Para esta autora, el artículo 662.3 resta eficacia a la anotación preventiva de embargo en detrimento del ejecutante y en beneficio de un tercero y *puede llegar a amparar situaciones fraudulentas propiciando que el ejecutado enajene el bien embargado a una persona de su confianza con el único propósito de que ésta lo libere de la ejecución por una cantidad inferior de la que en otro caso dicho inmueble debería responder*, situaciones fraudulentas que tampoco se evitarían limi-

(12) ANCHÓN BRUÑÉN, María José: "El tercer poseedor de bienes embargados y su intervención en el proceso de ejecución", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXI, marzo-abril 2005, número 688.

tando la facultad de liberar pagando las cifras de responsabilidad a quien adquiere en otra ejecución, ya que es posible *iniciar una ejecución por un crédito ficticio en la cual se lograra una segunda anotación preventiva de embargo sobre un inmueble con el único objeto de que en dicho procedimiento una persona afín al ejecutado lo adquiriera en pública subasta para, ulteriormente, en la primera ejecución liberarlo abonando tan sólo los intereses y las costas prudencialmente anotados.*

Para ANCHÓN BRUÑÉN, *la insatisfacción que supone la regulación legal de esta materia, ha propiciado una pluralidad de interpretaciones doctrinales que, forzando la exégesis de los términos legales, pretenden alcanzar una solución adecuada*, siendo tal diversidad de interpretaciones doctrinales un claro exponente de un tema no pacífico que la Ley resuelve de una manera tan insatisfactoria que obliga a la doctrina a forzar los términos legales realizando interpretaciones demasiado dispares de una cuestión hartamente polémica que, a su juicio, debería ser objeto de revisión por parte del legislador en futuras reformas legales. Ello no obstante, la autora se inclina por una interpretación restrictiva del artículo 662, en base a la remisión que este artículo realiza al artículo 613.3, en la que únicamente el tercero adquirente en otra ejecución tendrá limitada su responsabilidad a las cifras que aparezcan en la anotación preventiva, pues en otro caso se fomentaría el fraude y la picaresca, siendo lo más coherente considerar que la *voluntas legislatoris* ha sido la de premiar a los que confían en las ventas judiciales en aras de no obstaculizar el éxito de las mismas, que en otro caso podrían fracasar dada la inseguridad de los postores respecto a las cantidades por las que responde el bien.

Estos planteamientos han sido defendidos por otros muchos autores, como Just FRANCO ARIAS (13), Manuel CACHÓN CADENAS (14) (autor que considera que la Ley ha optado por el planteamiento hipotecarista, pero que realiza una interpretación estricta que lleva, en la práctica, a los resultados de la interpretación procesalista) o Juan UCEDA OJEDA (15) y en todos los casos el resultado práctico es el mismo y supone que la venta de un bien embargado quedará fuera del sistema habitual de seguridad jurídica preventiva, de manera que quienes estén interesados en adquirir la propiedad u otro derecho sobre un bien embargado tendrán que prescindir del contenido de la anotación preventiva, que sólo les servirá

(13) FRANCO ARIAS, Just: *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil dirigidos por Antonio María Lorca Navarrete y Vicente Guilarte Gutiérrez*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, tomo III, pp. 3325 a 3328.

(14) CACHÓN CADENAS, Manuel: obra citada en la nota anterior, pp. 3090 a 3111.

(15) UCEDA OJEDA, Juan: *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, coordinados por Miguel-Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler y José Francisco Valls Gombáu*, Iurgium Editores, 2001, pp. 3038 a 3043.

para conocer la existencia del embargo y los datos del procedimiento, y, lejos de confiar en las cifras que el Registro publica, deberán estar dispuestos a quedar a expensas de lo que, en su momento, resulte del procedimiento.

b) Tesis hipotecarista o registral.

Frente a estos planteamientos se alza, cual enemigo irreconciliable, la tesis hipotecarista mantenida sobre todo, aunque no exclusivamente, por registradores y que fue defendida, a los pocos meses de la aprobación de la nueva Ley, por José Manuel GARCÍA GARCÍA (16), quien considera que, si bien a primera vista parecería que los dos primeros apartados del artículo 613 propenden a la eficacia del embargo con independencia de cualquier referencia a cantidades garantizadas, lo que debe prevalecer es una interpretación lógica y sistemática no sólo con otros preceptos de la propia LEC, sino también de la Ley Hipotecaria. Para este autor, los efectos del embargo son distintos según exista o no anotación preventiva, de manera que los dos primeros apartados del artículo 613 sólo son aplicables cuando se trate de bienes muebles no inscribibles, o de bienes muebles o inmuebles con anotación preventiva de embargo no existiendo titulares inscritos o anotados con posterioridad a ella, ya que si existen se les aplicarán las consecuencias propias del sistema hipotecario, en particular las derivadas de los principios de publicidad, prioridad, legitimación y fe pública registral. Para GARCÍA GARCÍA, la referencia del artículo 613.3 a los terceros poseedores que hubieran adquirido bienes en otra ejecución no permite excluir a otros terceros, adquirentes voluntarios o titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad, puesto que *la regulación de esos otros supuestos se encuentra en otros preceptos, por lo que la forma de operar el legislador ha sido casuística y no englobando todos los casos en un mismo artículo*. Conforme al artículo 613.3, el rematante de otras subastas de cargas posteriores, sólo responde, respecto de la anotación de embargo anterior, por las cantidades que consten en la anotación, lo que es lógico, ya que *el embargo sólo tiene efectos entre acreedor y deudor y aquellos terceros que no hayan inscrito o anotado, pero, respecto a los que han inscrito o anotado, han de estar a la publicidad resultante del Registro, pues la anotación de embargo es la única forma de que un proceso, que por definición sólo produce efectos entre partes, afecte con carácter real a terceros ajenos a la ejecución*. Y aunque el artículo 613.3 se refiera

(16) GARCÍA GARCÍA, José Manuel: "La Anotación de Embargo en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, número 88, marzo-abril 2000.

sólo a quien adquiriera en otra ejecución, tal solución es, para este autor, aplicable a todo tercer poseedor adquirente voluntario de los bienes anotados, en base a la remisión realizada por el artículo 662.3, de manera que todo tercer poseedor podrá liberar el bien pagando las cantidades que figuren por capital, intereses y costas y si la ejecución se realiza tendrá derecho al sobrante después de pagado el acreedor con las cantidades que figuren en la anotación preventiva. Además de tal remisión, GARCÍA GARCÍA señala otros argumentos a favor de la tesis hipotecarista, como el contrasentido que supondría, de no seguirse esta interpretación, que si el acreedor hipotecario, en lugar de utilizar el procedimiento hipotecario, utilizara el de ejecución ordinaria vería reforzada su posición y gozaría de una fuerza arrasadora, por encima de las cantidades consignadas registralmente, que no le da la hipoteca; la aplicación del artículo 72.2 de la Ley Hipotecaria y 166 del Reglamento Hipotecario, que exigen que se consignen las cifras de responsabilidad en la anotación, *lo cual debe ser por la razón de que las mismas sirven para algo, pues en otro caso se produciría otro absurdo ya que toda la legislación hipotecaria se basa en el principio de especialidad y determinación, y en la necesidad de que todos los derechos y gravámenes consten perfectamente determinados a los fines de la publicidad registral respecto a titulares de derechos posteriores. Si no fuera así, nadie se atrevería a conceder préstamos con garantía hipotecaria con la finalidad precisamente de pagar las cantidades de una ejecución.*

Uno de los más fervientes defensores de esta doctrina es Juan Luis GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE (17), para quien la aplicación literal del artículo 613.3 llevaría a lo que ocurría en el siglo XIX (*¿allí queremos volver?*) cuando la ausencia del principio de determinación de nuestro sistema suponía que en tal situación lo que había que admirar no era el aniquilamiento del crédito territorial y agrícola, sino la temeridad de los que compraban bienes inmuebles o prestaban sobre ellos. Rechaza este autor la finalidad de exclusión de la posibilidad de venta en fraude del acreedor, alegada en la fundamentación de la enmienda que originó la actual redacción del artículo 613.3, ya que para ello están las acciones rescisorias, y porque siempre cabría un préstamo de complacencia en el que el acreedor ficticio sería adquirente en otra ejecución, y estima que la búsqueda de la rapidez y eficacia de la traba no pueden llevar a excluir el bien trabado del tráfico, considerando que el artículo 613.3 debe ser interpretado a la luz de la Ley Hipotecaria (arts. 34, 71 y 72) y de los prin-

(17) GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, Juan Luis: "El embargo y los terceros. El principio de determinación registral y el artículo 613.3 de la nueva LEC 1/2000", *La Ley*, año XXIII, número 5488, 22 de febrero de 2002.

cipios hipotecarios, particularmente el de especialidad o determinación (sin los que la institución registral no es nada, en palabras del autor), ya que *la anotación preventiva de embargo no es constitutiva ni obligatoria, pero si se utiliza debe someterse el anotante a la legislación hipotecaria, a todo su articulado y a sus principios reguladores. No se puede nadar y guardar la ropa. Y por lo tanto hay que estar, como se verá a los artículos 9, 13, 32, 72 y 98 LH. Al entrar en el tráfico jurídico inmobiliario y solicitar el amparo de la institución registral debe estarse al régimen inmobiliario que resulta de la legislación hipotecaria. Al igual que siempre han reclamado los procesalistas la regulación por la LEC de las cuestiones procedimentales, debe reclamarse para la legislación registral la protección del inmueble y su tráfico jurídico.* Por todo ello, y haciendo suyos los argumentos de GARCÍA GARCÍA, Juan Luis GIMENO aboga por una interpretación correctora y no meramente literalista del artículo 613.3, que extienda la eficacia de las cifras de responsabilidad a todo tercer poseedor que cumpla los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, evitando así que se haga de peor condición al diligente acreedor que garantizó su crédito con hipoteca que el que no tiene garantía voluntaria alguna y que se prime al subastero frente al adquirente a título oneroso y de buena fe que adquiere confiando en el contenido del Registro, disponiendo, en todo caso, el ejecutante diligente de los mecanismos de la ampliación y mejora del embargo, mecanismos cuya omisión no puede perjudicar al tercero de buena fe.

La teoría hipotecarista, especialmente el planteamiento de GARCÍA GARCÍA, ha sido desarrollada en extenso por Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO (18) en una monografía sobre el tema, cuya tesis fundamental es la existencia de dos regímenes distintos del embargo según que recaiga sobre bienes inscritos en un Registro público o sobre otros bienes. Para esta autora el principio de íntegra satisfacción del ejecutante, consagrado por los artículos 613.1 y 654.2, es aplicable sólo al supuesto más básico en el que el bien continúa perteneciendo al deudor en el momento de la realización de valor, lo que se dará siempre que se trate de bienes muebles no inscribibles, ya que en tal caso ni es posible la disposición voluntaria, al ser privado el propietario de la posesión material, ni la realización forzosa a instancia del reembargante, ya que el artículo 610 limita tal posibilidad al supuesto de bienes inscribibles. Pero si el embargo se publica en un Registro, se hace oponible *erga omnes*, y esta publicidad y oponibilidad justifican que las posibilidades de disposición del bien trabado sean más amplias, apareciendo situaciones nuevas en las que la colisión de in-

(18) MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: *Eficacia del embargo y su alcance frente a terceros*, Editorial Aranzadi, 2006.

tereses se da entre el acreedor ejecutante y el actual titular dominical. Tras un estudio en profundidad de las diversas normas en juego, la autora defiende la aplicación en términos maximalistas del límite de responsabilidad al tercer poseedor, de tal forma que éste, ya adquiriera en otra ejecución o por acto de disposición voluntaria (19), podrá liberar el bien antes del remate pagando las cifras que consten anotadas, y si la realización se produce tendrá derecho al sobrante una vez deducidas las cifras de responsabilidad (20). Para Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO, la limitación de responsabilidad del tercer poseedor encontraría su fundamento no sólo en los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, interpretados desde la perspectiva de la existencia de un doble régimen jurídico del embargo, sino también en la propia función de la anotación preventiva de embargo y en el papel que el Registro está llamado a cumplir, ya que, si no existiese limitación de responsabilidad, *poco aportaría entonces el acceso de la traba al Registro, dado que no podría entenderse como un conocimiento útil que permita un conocimiento exacto de la situación jurídica del inmueble embargado* y, en tal caso, *debería ser absolutamente inadmisibles la enajenación del bien embargado, porque de lo contrario el propio sistema estaría permitiendo transmisiones marcadas por una total inseguridad*. Si la anotación enerva la fe pública registral de los terceros que adquieran el bien, *parece razonable que esto se produzca dentro de los términos de la anotación, y no más allá de la anotado*, siendo, en definitiva, los principios registrales los que han de regir los efectos del embargo y de la adquisición del tercero cuando de bienes inscribibles se trate, de tal forma que si la oponibilidad deriva de la publicidad, tal oponibilidad se conecta estrechamente con el principio de especialidad. En esta línea, la autora defiende la concepción del embargo como una afección por un determinado importe, lo que vendría refrendado por la regulación de la ampliación del embargo, lo que constituye una novedad en la nueva Ley de Enjuiciamiento, únicamente predicable de los embargos anotados, que *sólo puede entenderse partiendo de una apuesta del legislador por limitar la sujeción del bien a la cuantía anotada* y entiende que la solución contraria atentaría contra la seguridad jurídica y la confianza en el Registro, convirtiendo el embargo en algo parecido a una carga oculta, haciendo inviable el tráfico jurídico sobre los bienes trabados, y que obligar al posible adquirente a acudir a la ejecución para conocer las cantidades realmente debidas *supondría des-*

(19) Lo que resultaría de la remisión que el artículo 662 hace al artículo 613.3.

(20) Conclusión que la autora extrae del artículo 672.1, distinguiendo dentro de este artículo distintos supuestos según que el embargo esté o no anotado, e interpretando a la luz de esa norma lo que podrían ser disposiciones aparentemente favorables a la tesis contraria, como el artículo 654 y, especialmente, el artículo 674.2, al que se atribuye una redacción defectuosa.

plazar la función de publicidad del Registro en el tráfico jurídico por otros mecanismos mucho más complejos, entorpeciendo el desarrollo de las transacciones inmobiliarias y llevando a cuestionar el propio papel del Registro como instrumento eficaz al servicio de la seguridad jurídica. Reconoce MARTÍNEZ ESCRIBANO que la solución propugnada supone frustrar parcialmente las legítimas expectativas de cobro del acreedor embargante y que ello podría llegar a cuestionar la eficacia de su derecho a la tutela judicial efectiva, sin embargo considera que el concepto constitucional de tutela judicial efectiva comprende *el derecho a obtener una respuesta fundada en Derecho, esto es, motivada, razonable y no manifiestamente errónea ni arbitraria, ni lesiva de otros derechos fundamentales*, pero no debe identificarse con un derecho del acreedor embargante a la íntegra satisfacción de su crédito con el precio del remate, planteándose simplemente un conflicto entre el derecho del embargante y la seguridad jurídica, de proyección general, que alcanza a cualquier tercero que confíe en lo publicado por el Registro.

Por tanto, para los autores “hipotecaristas” o “registrales”, la posición de los terceros, de todos los terceros, ya sean terceros poseedores o titulares de otros derechos, ya adquieran por acto de disposición voluntaria del ejecutado o en la realización forzosa derivada de otra ejecución, es la misma y todos quedan absolutamente protegidos por las cifras de responsabilidad que el Registro publica, de manera que el embargo anotado sólo les perjudicará hasta el límite que tales cifras representan. Ello supone no sólo que esos terceros pueden paralizar el procedimiento y obtener la liberación del bien consignando en el juzgado el importe de las cifras de responsabilidad, sin que les afecte el resultado ulterior de la liquidación definitiva, sino que, incluso si adoptan una actitud pasiva y dejan que la realización se consume, tendrán derecho a todo lo que en esa realización se obtenga por encima de las cifras de responsabilidad, y ello aunque tales cifras resulten insuficientes para la total satisfacción del acreedor.

c) *Posturas intermedias.*

Junto a estas dos posturas absolutamente irreconciliables, que, en mi opinión, no son ninguna plenamente satisfactorias, ya que en ambos casos la conclusión defendida supone interpretar muy forzosamente, cuando no declarar directamente inaplicables, determinados preceptos legales, han surgido algunos, pocos, pero, desde luego, loables, intentos de buscar una solución integradora de las normas aparentemente incompatibles.

Un primer intento en este sentido, realizado al poco tiempo de entrar en vigor la Ley de Enjuiciamiento Civil, es el de Rafael ARNÁIZ RAMOS (21), quien, partiendo de la confusión que, reconoce, le generó el estudio de esta materia, intenta una solución integradora de los diversos preceptos aparentemente contradictorios, en la que se atribuye una importancia excepcional a la actuación más o menos diligente de los diferentes afectados, es decir, el acreedor ejecutante y el tercer poseedor. Para ARNÁIZ es necesaria una interpretación sistemática del artículo 613 y estudiar cada una de las posiciones jurídicas afectadas por la ejecución distinguiendo *según que las personas que en ellos se encuentren adopten una actitud pasiva frente a aquélla, permitiendo la realización del valor en cambio del inmueble embargado o, por el contrario, acudan al procedimiento para satisfacer el importe de lo reclamado y, con ello, según los casos, puedan liberar la finca en ejecución, o quedar subrogados en la situación jurídica del ejecutante*. Además, el carácter de mera estimación provisional, sin perjuicio de la posterior liquidación, de la cantidad por la que se despacha ejecución, a que se refiere el artículo 575, debe cohonestarse con la necesidad, impuesta por los principios de seguridad jurídica, determinación procesal de la pretensión y proporcionalidad de las medidas de garantía, con el alcance de aquélla, de que se atribuya una extensión inicial a la traba, fijando un importe que se prevea suficiente y dejando a la diligencia del ejecutante la progresiva adecuación de dicho importe a las variaciones que se vayan produciendo. De esta forma, la eficacia del procedimiento, que puede quedar mermada por la influencia del tiempo en la determinación de la extensión del embargo, de la diligencia del acreedor ejecutante, que deberá pedir del juez la ampliación del embargo y su constancia en la anotación, y si no lo hace quedará expuesto a la posibilidad de que el bien o derecho embargado quede liberado del embargo mediante el abono de las cantidades que en el momento de realizarse el pago consten expresadas en la anotación preventiva. Para ARNÁIZ, la aparente contradicción entre los artículos 659.3, 662.3, por un lado, y 613.3, queda salvada por lo establecido en el artículo 613.3, que establece como momento en el que respecto del adquirente de los bienes en otra ejecución se concreta el límite de responsabilidad que resulta del Registro aquél en que tal adquirente inscribe su derecho, y el 613.4, en cuanto establece la posi-

(21) ARNÁIZ RAMOS, Rafael: "La anotación preventiva de embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero: su eficacia en la determinación del alcance de la ejecución respecto a titulares registrales posteriores a ella", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXVII, julio-agosto 2001, número 666.

bilidad de hacer constar en el Registro la extensión de la ejecución del embargo en ella acordado. En este orden de cosas, concluye ARNÁIZ, el tercer poseedor que adquiera en otra ejecución, conforme a los artículos 613.3, 666 y 657, podrá liberar el bien pagando las cantidades que consten en la anotación, o en su ampliación, en el momento en que se inscribió su derecho, y ello en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o a la adjudicación al acreedor, y cualquiera que sea su actuación posterior a la inscripción; si se produce la realización del valor, el importe a descontar para fijar el valor del bien se determina según *la foto fija* que resulta de la certificación de cargas, de modo que los postores en todo caso podrán conocer con exactitud el valor actual y real del bien que se les ofrece y, a partir de ello, formar su voluntad negocial, no viéndose afectados por las alteraciones de tales cargas o gravámenes que accedan al Registro con posterioridad a la adquisición. En cuanto a los terceros poseedores que hayan adquirido los bienes en virtud de un acto de disposición realizado voluntariamente por el deudor, también podrán liberar el bien pagando las cantidades consignadas en la anotación, pero el momento al que debe atenderse para fijar esas cantidades, como límite de responsabilidad por encima del cual la ejecución que provocó la anotación no les podrá afectar, no es, a diferencia del caso anterior, aquél en que el tercer poseedor inscribe su derecho, sino aquel en que el tercer poseedor observa una diligencia especial y acude al proceso para liberar los bienes adquiridos. Así resultaría del artículo 662.3, que otorga la facultad de liberación a todo tercer poseedor, sin distinción, y del artículo 613.3, que precisa su contenido y, exclusivamente respecto del adquirente en otra ejecución, concreta el límite de responsabilidad a las cantidades consignadas en la anotación, *en la fecha en que aquéllos hubieran inscrito su adquisición*, de tal forma que los demás terceros poseedores deberán pagar las cantidades que figuren en el Registro en el momento en que acudan al procedimiento para liberar el bien, y ello aun cuando sean superiores a las consignadas en la anotación en la fecha en que el tercero inscribió su derecho. Si los terceros que no hayan adquirido los bienes en otra ejecución no acuden al proceso a liberar el bien, deberán soportar la ejecución en toda su extensión, es decir, la precisa para generar la plena satisfacción del acreedor.

Ciertamente, esta interpretación es brillante y consigue armonizar los diversos preceptos, aparentemente contradictorios, en juego, pero, en mi opinión, se trata de una variante de la tesis hipotecarista que acaba cayendo en la misma problemática que la procesalista. En efecto, de poco sirve reconocer al tercer poseedor que adquiere por un acto de disposición voluntaria del ejecutado la facultad de liberar el bien de la traba si tal derecho exige el pago, no de las cantidades que consten en el Regis-

tro en el momento de la adquisición, sino de las que figuren en el momento posterior en que se acude al procedimiento pretendiendo liberar el bien. Ello supone que, en el momento de la compra, el adquirente no dispondría de ningún medio seguro y veraz de conocer en cuánto el embargo le puede perjudicar, con lo que se estaría generando una inseguridad muy similar a la que deriva de la teoría de la plena satisfacción del ejecutante, y se está privando al Registro de su virtualidad informadora y protectora, de tal manera que muy difícilmente un adquirente normal estará dispuesto a comprar la cosa asumiendo el riesgo de que cuando acuda al procedimiento, siempre, por muy diligente que sea y mucha prisa que se dé, en un momento posterior al de su adquisición, se haya producido una ampliación cuya existencia no conocía, ni tenía medios de conocer en el momento de consumir su adquisición y que, aunque acceda al Registro con posterioridad a su asiento de presentación, le va a perjudicar.

Tesis de Rafael Rivas Torralba.

Mucho más acertado me parece el planteamiento realizado por Rafael A. RIVAS TORRALBA (22), sin duda el autor que más a fondo ha estudiado la anotación preventiva de embargo. Este autor, tras analizar la problemática con la actual legislación, la jurisprudencia anterior y posterior a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y las diversas posiciones doctrinales, reconociendo la falta de coherencia de las previsiones normativas, y buscando una solución intermedia basada en criterios de equidad, ofrece, con un esquematismo digno de todo elogio, la siguiente solución, que transcribo literalmente:

Con relación al deudor.

No existe concreción de responsabilidad, según se desprende de las siguientes normas:

— *El embargo concede al ejecutante el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga de la realización de los bienes embargados a fin de satisfacer el importe de la deuda que conste en el título, los intereses que procedan y las costas de la ejecución (art. 613.1).*

— *Se entregará al ejecutado el remanente que pudiera existir una vez finalizada la realización forzosa de los bienes, satisfecho plenamente el ejecutante y pagadas las costas (art. 654.2).*

— *En cualquier momento anterior al remate podrá el deudor liberar sus bienes pagando íntegramente lo que se deba al ejecutante por principal, intereses y costas (art. 670.7).*

(22) RIVAS TORRALBA, Rafael: *Anotaciones de Embargo*, 4.^a edición, Bosch, 2008, pp. 51 a 61 y 238 a 246.

Con relación al tercer poseedor.

Antes de que tenga lugar la aprobación del remate puede el tercer poseedor liberar el bien satisfaciendo lo que se deba por principal, intereses y costas, dentro de los límites de responsabilidad a que esté sujeto el bien (art. 662.3 LEC), que, cuando se trate de inmuebles, serán los consignados en la anotación inicial y en las de ampliación, en su caso (613.4 LEC).

De la aplicación de esta regla y de las contenidas en el artículo 613 resulta que el tercer poseedor puede liberar los bienes antes de la aprobación del remate, pagando las sumas que consten en la anotación (art. 662.3); que, si no lo hace, y se llega a la adjudicación en la subasta, la totalidad de lo obtenido se aplicará al pago de lo que se deba por todos los conceptos, sin límite alguno (arts. 613.1 y 2) salvo que el tercer poseedor hubiese adquirido en otra ejecución, en cuyo caso sólo se entregará al ejecutante la parte de la suma conseguida en la subasta que no exceda de las cantidades que consten en la anotación (art. 613.3).

En mi opinión, esta interpretación es la más lógica y armónica, la más respetuosa con la literalidad de los textos legales y la única que permite una aplicación global y coherente de la totalidad de la regulación contenida en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

En verdad que quienes propusieron la enmienda que dio lugar a la redacción final del artículo 613.3 perseguían una confesada finalidad: limitar la eficacia de las cifras de responsabilidad respecto de terceros poseedores adquirentes como consecuencia de actos de disposición voluntaria del ejecutado; pero también lo es que para llevar a buen fin su propósito tenían que haber propuesto la modificación, junto con la del artículo 613.3, no sólo de los artículos 659.3 y 662.3, que son los artículos en los que la mayoría de los autores centran el problema, sino también de otras muchas normas.

En efecto, creo que está fuera de toda duda que en el proyecto que se sometió a discusión parlamentaria la solución que se daba al ya entonces discutido problema de la eficacia de las cifras de responsabilidad era claramente favorable al tercer adquirente, cualquiera que fuese su título de adquisición (siempre que se tratase, como es natural, de adquirente a título oneroso y de buena fe), y este planteamiento subyace y se refleja en numerosísimos preceptos que fueron finalmente aprobados sin modificaciones.

El texto final del artículo 613.3, en la interpretación defendida por los procesalistas, no sólo exige una interpretación forzada del artículo 662.3, que le haga decir lo que no dice, dando más importancia a la remisión a otra norma que a su propia literalidad, y obliga a declarar inaplicable un precepto legal vigente, el artículo 658.3, sino que exige reinterpretar u ob-

viar otros muchos preceptos que responden claramente a un planteamiento muy diferente, tal y como voy a intentar demostrar con un recorrido por algunos de los aspectos más relevantes de la regulación legal contenida en el texto vigente.

— Regulación legal.

a) *Alienabilidad de la cosa embargada y reembolso.*

Con carácter general, la Ley de Enjuiciamiento Civil consagra la tesis, ya antes ampliamente consolidada, de alienabilidad del bien embargado. Aunque no se trata de algo que se proclame expresamente, tal principio está implícito en gran número de normas, en particular todas las que contemplan la posibilidad de la existencia de un tercer poseedor, es decir, de un adquirente del bien ya embargado.

En principio, la facultad de disposición es predicable de todos los bienes embargables, sin embargo, la posibilidad de disponer del dinero o bienes fungibles embargados, cuyo importe será idéntico al de la cantidad embargada, o de los bienes muebles no inscribibles, que son objeto de depósito judicial conforme al artículo 626, es bastante remota.

Por tanto, la enajenación del bien embargado se dará normalmente respecto de los bienes inmuebles, o muebles inscribibles, en los que la posibilidad de la anotación preventiva, o constancia registral, permite asegurar la eficacia del embargo que sobre ellos recaiga sin necesidad de sacarlos del tráfico.

Pero, no cabe duda, la prohibición de disponer como algo inherente al embargo podría haber sido una opción legislativa perfectamente válida y, desde luego, sería la más eficaz si lo que se pretendiese fuese proteger a ultranza al ejecutante y garantizar al máximo el buen fin del procedimiento, prescindiendo de cualquier otra consideración. Por el contrario, el legislador, atendiendo a otras muchas consideraciones, ha considerado conveniente mantener el bien embargado dentro del tráfico y tal opción legislativa obliga a buscar soluciones que mantengan el equilibrio entre los diferentes intereses que de ella derivan, prescindiendo de soluciones simplistas que atiendan exclusivamente a uno de los intereses en juego, ya que carecería de sentido mantener el bien embargado dentro del tráfico, pero privando a ese tráfico del nivel de seguridad que el sistema normalmente ofrece.

b) *Eficacia general del embargo.*

Los efectos del embargo se recogen en el artículo 613 al establecer:

1. *El embargo concede al acreedor ejecutante el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga de la realización de los bienes embargados a fin de satisfacer el importe de la deuda que conste en el título, los intereses que procedan y las costas de la ejecución.*

2. *Sin estar completamente reintegrado el ejecutante del capital e intereses de su crédito y de todas las costas de la ejecución, no podrán aplicarse las sumas realizadas a ningún otro objeto que no haya sido declarado preferente por sentencia dictada en tercera de mejor derecho.*

En la misma línea, el artículo 654 dispone: *Pago al ejecutante y destino del remanente.*

1. *El precio del remate se entregará al ejecutante a cuenta de la cantidad por la que se hubiera despachado ejecución y, si sobrepasare dicha cantidad, se retendrá el remanente a disposición del tribunal, hasta que se efectúe la liquidación de lo que, finalmente, se deba al ejecutante y del importe de las costas de la ejecución.*

2. *Se entregará al ejecutado el remanente que pudiere existir una vez finalizada la realización forzosa de los bienes, satisfecho plenamente el ejecutante y pagadas las costas.*

Y a esta misma norma se remite expresamente el artículo 672 en lo que al destino de las sumas obtenidas en la subasta de inmuebles se refiere.

El principio general, similar al consagrado por la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, está claro: el embargo supone la sujeción del bien al proceso, de todo el bien, nunca de parte de su valor, y, si la ejecución llega a realizarse, el precio del remate se destina, en primer lugar, a la íntegra satisfacción del ejecutante, sin restricción o limitación de ningún tipo.

Si la ejecución llega a completarse está claro que las cifras provisionales por las que se despachó la ejecución carecen de toda relevancia, salvo en el caso excepcional del adquirente en otra ejecución. La regla general es, por tanto, que el importe del capital, intereses y costas que deberán pagarse con el precio del remate será el que resulte de la liquidación definitiva, y ello aunque el bien continúe perteneciendo al ejecutante o haya pasado a manos de un tercer poseedor que no haya evitado la ejecución. Ello supone que los terceros que adquieran derechos con posterioridad a la anotación preventiva deben tener claro que, si la ejecución se consuma, el objeto de su derecho se verá sustituido por el precio obtenido en su realización, y, más concretamente, por el sobrante de tal remate una vez satisfecho íntegramente el ejecutante, sin que, en este momento terminal del proceso, las cifras de responsabilidad que se hicieron constar en la anotación les confiera derecho alguno.

Pero, obsérvese que el principio de íntegra satisfacción del ejecutante, que es la piedra angular de las tesis procesalistas, se predica en los artículos citados del *producto que se obtenga de la realización de los bienes* (art. 613.1), de *las sumas realizadas* (613.2) o del *precio del remate* (654). En todos estos casos se está haciendo claramente referencia al momento final del proceso, a aquel en que la ejecución se ha consumado mediante la adjudicación del bien, consiguiéndose su realización dineraria. Por tanto, el categórico pronunciamiento legal sobre la eficacia del embargo no es en absoluto incompatible, como en ocasiones se ha defendido, con la existencia de una regulación distinta o, si se prefiere, con una excepción al principio de íntegra satisfacción que puede producirse en un momento procesal anterior a la realización del bien.

Es en esta fase procedimental anterior a la realización del valor cuando las cifras de responsabilidad por las que se despacha ejecución pueden tener mayor trascendencia, resultando, por tanto, importante tener clara su significación a lo largo del proceso.

c) Cantidades por las que se despacha ejecución y determinación del bien embargado.

Es de destacar la gran importancia que la nueva regulación concede a la determinación, en el momento inicial del proceso, de las cifras de responsabilidad.

Así, el artículo 575 exige que desde el primer momento se fije el importe de la ejecución, incluyendo no sólo la cantidad reclamada por principal e intereses, ordinarios o moratorios, vencidos, sino también los intereses que puedan devengarse durante la ejecución y las costas de ésta, pero con un límite: *la cantidad prevista para estos dos conceptos, que se fijará provisionalmente, no podrá superar el 30 por 100 de lo que se reclame en la demanda ejecutiva, sin perjuicio de la posterior liquidación*. Sin embargo, este límite no es inamovible, ya que se dice a continuación: *excepcionalmente, si el ejecutante justifica que, atendiendo a la previsible duración de la ejecución y al tipo de interés aplicable, los intereses que puedan devengarse durante la ejecución más las costas de ésta superaran el límite fijado en el párrafo anterior, la cantidad que provisionalmente se fije por dichos conceptos podrá exceder del límite indicado*.

Por tanto, nos encontramos con la necesidad de que desde el primer momento se fije no sólo la cantidad vencida que se reclama, sino también que se prevea el importe de futuros intereses y costas. Y esta previsión no parece ser baladí cuando la Ley se preocupa de fijar un límite inicial, el 30 por 100, y sólo excepcionalmente se permite al ejecutante superar ese límite.

Esta minuciosa regulación está justificada por la gran importancia que se da a esas cifras en la fase inicial del proceso.

Una primera utilidad de esas cifras radica en la facultad que el artículo 585 concede al ejecutado de evitar que el embargo llegue a producirse consignando la cantidad por la que la ejecución se hubiese despachado. Incluso durante la tramitación de la ejecución se permite al ejecutado conseguir el levantamiento del embargo consignando las cifras de responsabilidad, pero sólo en la fase previa a que se resuelva la oposición a la ejecución, ya que una vez resuelta ésta, o si no se formula, deberá estarse a la liquidación definitiva, estableciendo el artículo 670.7 que la liberación por el deudor, posterior a ese momento pero anterior a la aprobación del remate o a la adjudicación al acreedor, exige que se pague *íntegramente lo que se deba al ejecutante por principal, intereses y costas*. Por tanto, para el ejecutado, las cifras de responsabilidad sólo son útiles en una fase muy incipiente del proceso, ya que en cualquier momento posterior, como es lógico por aplicación del principio de responsabilidad universal del artículo 1911 del Código Civil, lo que deberá pagar para liberar su finca es la totalidad de la deuda, sin limitación alguna.

Pero la auténtica utilidad de esas cifras, en esta fase inicial del procedimiento, radica en la importancia que tienen respecto de algo tan esencial y relevante en todo el desarrollo posterior de la ejecución, como la determinación del objeto del embargo.

En efecto, el artículo 584 establece que *no se embargarán bienes cuyo previsible valor exceda de la cantidad por la que se haya despachado ejecución, salvo que en el patrimonio del ejecutado sólo existieren bienes de valor superior a esos conceptos y la afección de dichos bienes resultare necesaria a los fines de la ejecución*.

Conforme al artículo 589, el ejecutado puede señalar los bienes o derechos sobre los que se pueda realizar el embargo con el único requisito de que su valor sea suficiente para cubrir la cuantía de la ejecución y, según el artículo 588, si se embargan depósitos bancarios o cuentas se deberá determinar el límite máximo, y *por lo que exceda de ese límite podrá el ejecutado disponer libremente*. En última instancia, al fijar el orden de los bienes objeto de embargo, el artículo 592 ordena al tribunal que se tenga en cuenta *la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado*.

Destaca en esta regulación la gran importancia que las cifras provisionales de intereses y costas tienen en esta primera fase, no tanto por la posibilidad de que el deudor levante el embargo consignando su importe (sólo puede hacerlo en la fase más incipiente del proceso y no es previsible que los intereses y las costas puedan superar ya, en ese momento, el 30 por 100 del principal), sino, sobre todo, por su relevancia en la determinación del bien embargado.

Lo que se busca es que el valor de lo embargado coincida con la cantidad provisionada y así, tratándose de dinero, será ésta la cantidad exacta embargada y respecto de los demás bienes se dará preferencia a aquél cuyo valor más se acerque a esas cantidades, y todo ello prescindiendo de la consideración de que en la liquidación final la cantidad definitiva puede ser superior a la presupuestada. Por tanto, si lo que se embarga es dinero, cuentas de crédito, créditos, valores, etc., el embargado puede disponer de aquello que exceda de la cantidad provisional por la que se despacha ejecución, y si tiene varios bienes exigir que se embargue aquél cuyo valor se aproxime más a esa cantidad, disponiendo libremente de los bienes más valiosos, que se verán libres del embargo. Si posteriormente resulta que las cifras de responsabilidad son insuficientes, se podrá extender el embargo a otros bienes mediante la mejora del embargo, pero hasta ese momento el ejecutado habrá podido disponer de todo lo que inicialmente quedó libre de la traba. Sólo cuando el ejecutado carezca de otros bienes, se procederá al embargo de inmuebles, y únicamente si sólo hay uno (que muy frecuentemente será la vivienda del deudor) o todos son muy valiosos resultará embargado un bien cuyo valor puede exceder por mucho de las cifras de responsabilidad, planteándose en este caso, y sólo en este caso, la problemática que estamos estudiando, ya que en los demás supuestos, coincidiendo el valor de lo embargado con la cantidad presupuestada, será extraño que alguien quiera comprar sabiendo que para alzar la traba deberá consignar una cantidad idéntica al valor del bien.

En definitiva, frente al aseguramiento a ultranza de la eficacia del proceso y la tutela del derecho a la íntegra satisfacción del ejecutante, a los que tanta importancia da la jurisprudencia y parte de la doctrina, que llevarían a embargar bienes por un valor superior a las cifras iniciales, en previsión de que tales cifras resulten insuficientes, o a elegir siempre los bienes más valiosos, y cuya máxima expresión, en consonancia con el principio de responsabilidad universal, sería un embargo general de todos los bienes (expresamente prohibido por el art. 588, que declara nulo el embargo indeterminado, es decir, *el embargo sobre bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste*), la Ley establece un principio corrector, favorable al ejecutado: el de la menor onerosidad del embargo, expresamente consagrado por el artículo 592.

El ejecutante debe, entonces, ser muy cuidadoso con el cálculo de las cifras de responsabilidad y, en su caso, pedir que se le permita sobrepasar el límite del 30 por 100, ya que, aunque tiene derecho a la íntegra satisfacción de su crédito y lo que se sujeta al procedimiento es la totalidad del valor del bien, su expectativa se verá frustrada si, siendo la liquidación final superior a la inicialmente prevista, el valor obtenido en la rea-

lización del bien, que fue seleccionado teniendo en cuenta exclusivamente la liquidación inicial, resulta insuficiente.

Se pone así claramente de manifiesto que, ya desde la primera fase de la ejecución, el legislador es sumamente cuidadoso con los diversos intereses en juego y, huyendo de maximalismos, prefiere admitir el riesgo de que la ejecución no resulte absolutamente satisfactoria antes de imponer al ejecutado un aseguramiento excesivo. Muy al contrario, el legislador prefiere sujetar al embargo aquello cuyo valor más se asemeje a las cantidades provisionales por las que se despacha ejecución, y sujetando éstas a la limitación del 30 por 100 para evitar abusos, y permitir al ejecutado disponer libremente del resto de sus bienes.

Pero es que además ocurre que la importancia de las cifras por las que se despacha ejecución no parece limitarse a esa fase inicial del proceso, ya que, si así fuese, una vez determinado el bien a embargar, tales cifras carecerían de todo interés y serían ya perfectamente prescindibles y, sin embargo y muy al contrario, la Ley de Enjuiciamiento no sólo exige que consten en la anotación preventiva, sino que se molesta en regular su ampliación.

d) *Constancia en la anotación preventiva de las cifras por las que se despacha ejecución.*

A la anotación preventiva, como medio de dar publicidad al embargo sobre bienes inmuebles para evitar la aparición de terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, se refiere el artículo 629, estableciendo que *cuando el embargo recaiga sobre bienes inmuebles u otros bienes o derechos susceptibles de inscripción registral, el tribunal, a instancia del ejecutante, librará mandamiento para que se haga anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad o anotación de equivalente eficacia en el registro que corresponda.*

De este artículo merecen ser destacados dos extremos. El primero, que la anotación preventiva, a diferencia de lo que ocurría con el sistema anterior, no es una garantía que pueda acordarse de oficio, sino que debe ser solicitada por el ejecutante, lo cual supone exigirle una diligencia especial. El segundo, lo escueto de la regulación, puesto que el artículo 629 sólo exige que se libere mandamiento para que se haga la anotación preventiva de embargo en el Registro. Por tanto, a falta de mayor especificación, podría entenderse que lo que se comunica al Registro y se hace constar en la anotación es, sin más, la existencia del embargo y la consiguiente sujeción del bien al procedimiento, de manera que los terceros, advertidos de la existencia del embargo, tendrían que acudir al juzgado para conocer los detalles de la traba.

Sin embargo, aunque ni el artículo 629 ni ningún otro de la Ley de Enjuiciamiento regulen expresamente el contenido del mandamiento y de la anotación preventiva, la constancia, en uno y otra, de la cantidad por la que se despacha ejecución, y de las cantidades previstas por intereses futuros y costas, será imprescindible por exigirlo así el artículo 72 de la Ley Hipotecaria, cuya vigencia viene confirmada por los numerosos artículos de la Ley de Enjuiciamiento que están siendo analizados y que se refieren expresamente, y de forma reiterada, a las cantidades, por principal, intereses y costas, consignadas en la anotación o a los límites de responsabilidad que, por tales conceptos, figuren en el Registro.

Por tanto, al igual que ocurría en el sistema anterior, el embargo sólo producirá efectos frente a terceros si se hace constar en el Registro mediante la anotación preventiva y esta anotación debe dar a conocer no sólo la existencia del embargo, sino también la cantidad reclamada, incrementada con la cantidad que se prevea para hacer frente a los intereses que puedan devengarse durante la ejecución y a las costas de ésta.

Parece entonces lógico pensar que si la anotación debe publicar esas cantidades es porque su conocimiento resulta necesario y de interés para los terceros destinatarios de la publicidad registral. En otro caso, lo lógico sería prescindir de ese dato en la anotación y limitar su contenido a la existencia del embargo y a la identificación del procedimiento, lo que sería perfectamente factible sin que se resquebrajase el armazón lógico-jurídico sobre el que fundamenta el Registro de la Propiedad.

Y que estas cifras, que, como vemos, deben figurar en la anotación preventiva, son trascendentes para el legislador, no sólo en el momento inicial de determinación del objeto de la traba, sino también durante toda la tramitación de la ejecución, es algo que se deduce con claridad de la importancia que la Ley da a la posibilidad de ampliar las cantidades iniciales, tanto por principal como por intereses y costas, y de la especial diligencia que se impone en este sentido al ejecutante.

e) *Ampliación del embargo.*

El artículo 578 contempla la posibilidad de que después de la demanda se produzca el vencimiento de algún plazo de la misma obligación, en ese caso el actor podrá pedir la ampliación de la ejecución por el importe correspondiente a los nuevos vencimientos de principal e intereses. Esta ampliación es automática si el actor lo solicita en la demanda ejecutiva, pero tal automatismo no juega nunca respecto de la anotación preventiva, ya que el párrafo final del artículo 578 establece que para que la ampliación de la ejecución se haga constar en la anotación preventiva será necesario que el ejecutante lo solicite después de cada vencimiento que

no hubiera sido atendido, sin que la ampliación comporte la adopción automática de esa medida.

No deja de sorprender que frente a la facilidad con la que se amplía la ejecución en el ámbito procesal, ya que basta con haberlo pedido en la demanda, en el registral se exija del ejecutante una diligencia extraordinaria: solicitar, después de cada vencimiento, es decir, frecuentemente cada mes, que se haga constar en el Registro algo que se está produciendo automáticamente en el Juzgado (aunque esta norma no tendrá gran virtualidad si, como es práctica generalizada en la inmensa mayoría de las obligaciones con aplazamientos fraccionados, se ha pactado, mediante la oportuna cláusula resolutoria, el vencimiento anticipado de la totalidad de la deuda en caso de impago de alguno de los plazos).

Además, como novedad, la nueva Ley de Enjuiciamiento contempla no sólo la tradicional mejora del embargo, regulada en el artículo 612 (es decir, la posibilidad de pedir que se extienda la traba a otros bienes en caso de tercería de dominio o cuando un cambio de las circunstancias permita dudar de la suficiencia de los bienes embargados), sino la ampliación del embargo en cuanto a las cifras previstas para costas y gastos. Y así, igual que es posible solicitar la ampliación del embargo si se incrementa el principal por la acumulación de nuevos vencimientos, el artículo 613.4 dispone que *el ejecutante podrá pedir que se mande hacer constar en la anotación preventiva de embargo el aumento de la cantidad prevista en concepto de intereses devengados durante la ejecución y de costas de ésta, acreditando que unos y otros han superado la cantidad que, por tales conceptos, constara en la anotación anterior.*

Una vez más hay que destacar la especial diligencia que se exige del ejecutante, que es quien debe solicitar la ampliación del embargo, medida que no se toma de oficio y cuyo objeto es que conste en la anotación preventiva el aumento de las cifras inicialmente previstas.

Recapitulando brevemente, habría que destacar la importancia que en la nueva regulación parecen tener las cifras de responsabilidad durante la tramitación del procedimiento, puesto que, primero, necesariamente deben incluirse en la anotación preventiva, para su general conocimiento; segundo, se permite su ampliación; y, tercero, se exige del ejecutante una especial diligencia para conseguir que tal ampliación conste en el Registro de la Propiedad.

Si las cifras provisionales carecen de toda trascendencia para los terceros, no tiene sentido su inclusión en la anotación, y si su único valor radica en la determinación del bien a embargar, una vez concretado éste debería prescindirse totalmente, tanto en el mandamiento como en la anotación, de unas cifras que sólo servirían como motivo de engaño o confusión. Además, si el ejecutante en todo caso va a tener derecho a la ínte-

gra satisfacción de su derecho aunque no se amplíe el embargo, o aunque tal ampliación no conste en el Registro, la regulación de tal ampliación, y de su consiguiente constancia registral, sería, lisa y llanamente, superflua, puesto que es absurdo exigir del ejecutante una diligencia extraordinaria (justificar los nuevos vencimientos, acreditar que los intereses devengados o las costas han superado las cantidades inicialmente presupuestadas, solicitar procesalmente la ampliación y pedir, asumiendo los gastos, su constancia registral) cuando su situación en nada va a mejorar o, mejor dicho, va a ser igual de buena que si opta por no solicitar la ampliación.

Lo lógico es pensar que si las cifras de responsabilidad deben figurar en la anotación es porque su conocimiento es relevante para los terceros que consultan el Registro y que si al ejecutante se le permite solicitar y obtener su ampliación es porque se va a beneficiar de un privilegio, la eficacia frente a terceros de las cifras ampliadas, que de otra forma no tendría.

Pero además de estas normas generales existen otras más particulares de las que surgen los principales problemas interpretativos. Haré referencia en primer lugar, aunque sea esquemáticamente, a una cuestión compleja, cual es la de los embargos sucesivos o reembolso.

f) Reembargo.

Junto con el embargo del sobrante, regulado en el artículo 611, que se refiere a lo que sobre en la realización forzosa una vez que la ejecución ya haya sido despachada, la nueva Ley regula, en el artículo 610, el reembolso, es decir, la posibilidad de embargar un bien que ya ha sido embargado en otro procedimiento. Los efectos del reembolso son muy limitados, estableciendo el apartado primero que *los bienes o derechos embargados podrán ser reembargados y el reembolso otorgará al reembargante el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga de la realización de los bienes reembargados, una vez satisfechos los derechos de los ejecutantes a cuya instancia se hubieran decretado los embargos anteriores o sin necesidad de esta satisfacción previa en el caso del párrafo segundo del apartado siguiente*. Y dispone el primer párrafo del apartado segundo que *si, por cualquier causa, fuere alzado el primer embargo, el ejecutante del proceso en el que se hubiera trabado el primer reembolso quedará en la posición del primer ejecutante y podrá solicitar la realización forzosa de los bienes reembargados*.

Por tanto, como regla general, el segundo o posterior embargo no permite solicitar la realización forzosa, correspondiendo la tramitación de la ejecución al tribunal que haya decretado el primer embargo, lo que supone que el reembolso actuará como un derecho expectante sobre el so-

brante que, en su caso, pueda resultar de esa ejecución. El juzgado que ha dictado el primer embargo es el único competente para tramitar la ejecución, una vez finalizada ésta, con lo que se haya obtenido, se satisface el derecho del primer embargante y si sobra algo se pone a disposición de los acreedores posteriores protegidos por embargos sucesivos. Sólo si el primer embargo se alza corre el “escalafón” y el segundo embargo pasa a tener la condición de primero, lo que permite solicitar la realización forzosa en esa ejecución.

En principio, por tanto, el reembargo supone la existencia de un titular de derecho posterior, el segundo embargo, pero no puede dar lugar a la aparición de un tercer poseedor puesto que no hay lugar a la realización de valor.

Ahora bien, este esquema general tiene una importante, y quizás perturbadora, excepción, en el artículo 610.2, párrafo segundo que establece que *sin embargo, el reembargante podrá solicitar la realización forzosa de los bienes reembargados, sin necesidad de alzamiento del embargo o embargos anteriores, cuando los derechos de los embargantes anteriores no hayan de verse afectados por aquella realización.*

La doctrina considera que el supuesto a que se está haciendo referencia es el del embargo de bienes inmuebles, o de muebles susceptibles de inscripción, ya que en estos casos la posibilidad de publicitar el embargo mediante la anotación preventiva sirve de protección para el primer ejecutante, que conservará los derechos que resultan de su anotación, preferente a la que origina la ejecución, y de aviso suficiente para los posibles licitadores que concurrirán a la subasta, decretada en base a un segundo o posterior embargo posterior, sabiendo que adquirirán el bien gravado con los embargos preferentes. Así se deduce de las normas que regulan la subasta de bienes inmuebles que permiten, claramente, la ejecución aunque existan embargos anteriores y, por tanto, preferentes. Por ejemplo, el artículo 666, al regular la valoración de los bienes para su subasta, exige que, si existen cargas preferentes, se deduzca del avalúo *el importe total garantizado que resulte de la certificación de cargas o, en su caso, el que se haya hecho constar en el Registro*, y en el anuncio de la subasta, dice el artículo 668.3, debe hacerse constar *que las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, al crédito del actor continuarán subsistentes y que, por el solo hecho de participar en la subasta, el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllos, si el remate se adjudicara a su favor*, lo que se reitera en el artículo 671.5, al establecer que *quien resulte adjudicatario del bien inmueble... habrá de aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, y subrogarse en la responsabilidad derivada de ellos.*

Es posible, por tanto, tratándose de bienes inmuebles, que dentro de la segunda ejecución se proceda a la realización, mediante la oportuna subasta, apareciendo un tercer poseedor que adquiere el bien subsistiendo el primer embargo y sin que ello, teóricamente, afecte al primer ejecutante.

Ahora bien, en mi opinión, todo este planteamiento entra en abierta contradicción con la interpretación que la tesis procesalista hace del artículo 613.3. En efecto, si la solución que debe darse al problema de las cifras de responsabilidad y los terceros poseedores consiste en que única y exclusivamente el tercer poseedor que adquiriera en otra ejecución puede liberar el bien embargado pagando las cifras de responsabilidad, nos encontraríamos con una flagrante violación del artículo 610.2, puesto que los derechos de los embargantes anteriores sí se verían afectados por la realización forzosa derivada del reembargo, al aparecer un tercero provisto de un privilegio que le perjudica directamente: el de liberar el bien pagando únicamente las cifras de responsabilidad, privilegio que nunca existiría si la segunda ejecución no se hubiese podido realizar.

Con los planteamientos inicialmente recogidos en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, este problema no se daría puesto que la facultad de liberar el bien embargado pagando las cifras de responsabilidad era predicable de todo tercer poseedor. El perjuicio que tal facultad de liberación podía suponer para el primer ejecutante no se hacía derivar de la posibilidad de una segunda ejecución, puesto que tal facultad se atribuía también al tercer poseedor adquirente por actos de disposición voluntaria del ejecutado. La situación jurídica del ejecutante era, en este sentido, la misma, existiese o no una segunda realización y, por tanto, el artículo 613.3, en su redacción inicial, era perfectamente compatible con el artículo 610.

Pero si la interpretación que debe prosperar, en base a la redacción finalmente aprobada del artículo 613.3, es que el privilegio de limitación de responsabilidad a las cifras provisionales es sólo predicable de quien adquiere en otra ejecución, necesariamente hay que concluir que la realización forzosa derivada del reembargo perjudica los derechos de los embargantes anteriores, con lo cual, o bien concluimos que por aplicación del artículo 610.2 tal realización no es posible, lo que exige revisar y reinterpretar las numerosas normas que regulan la realización de bienes ya embargados, u optamos por declarar inaplicable una norma tan clara y contundente como la contenida en el segundo párrafo del artículo 610.2 mediante la socorrida fórmula de considerar esta norma como un “vestigio histórico”, al igual que se ha pretendido hacer con el artículo 659.3, que paso a estudiar.

g) *Titulares de derechos posteriores.*

El artículo 659, relativo a titulares de derechos posteriores inscritos, establece en su apartado tercero: *“Cuando los titulares de derechos inscritos con posterioridad al gravamen que se ejecuta satisfagan antes del remate el importe del crédito, intereses y costas, dentro del límite de responsabilidad que resulte del Registro, quedarán subrogados en los derechos del actor hasta donde alcance el importe satisfecho. Se harán constar el pago y la subrogación al margen de la inscripción o anotación del gravamen en que dichos acreedores se subrogan y las de sus créditos o derechos respectivos, mediante la presentación en el Registro de acta notarial de entrega de las cantidades indicadas o del oportuno mandamiento judicial, en su caso”*.

Desde luego, la dicción literal del artículo no es muy clara, ya que al utilizar el término “titulares de derechos posteriormente inscritos” se crea confusión.

Por una parte, porque lo lógico es pensar que se está haciendo referencia a todos los derechos que acceden al Registro con posterioridad al primer embargo, con independencia del tipo de asiento mediante el cual se realice la publicidad registral, lo que lleva a considerar incluidos en el precepto, como ha hecho el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de marzo de 2005, no sólo los derechos inscritos, como pueden ser las hipotecas, sino también los embargos anotados con posterioridad, puesto que no hay razón para hacer de peor condición al beneficiario de un embargo por una cuestión tan meramente formal como que el acceso al Registro se realice mediante una anotación preventiva cuyos efectos, mientras el asiento mantenga su vigencia, son en todo equiparables a la inscripción. Además tampoco se aprecia razón alguna para discriminar al acreedor que, ante el incumplimiento de su crédito, acude a las medidas judiciales de aseguramiento que la Ley le ofrece frente a quien, ante la posibilidad de que ese incumplimiento se dé en el futuro, pacta con el deudor una garantía voluntaria.

Por otra parte, la referencia a derechos inscritos podría llevar a incluir en esta regulación también a los terceros poseedores en cuanto titulares de un derecho, la propiedad, inscrito con posterioridad al embargo. Sin embargo, técnicamente siempre se ha diferenciado entre tercer poseedor, que adquiere la propiedad (o el usufructo, la nudapropiedad, el dominio útil o el dominio directo, como expresamente contempla el art. 662.2), a quienes lo que interesa es el levantamiento del embargo, y los titulares de derechos limitados, especialmente los de garantía, que son los que específicamente deben entenderse incluidos en el artículo 659, puesto que es a ellos a quienes interesa que subsista el embargo, ya que, al subrogar-

se en el derecho del actor lo que hacen, es mejorar su protección (23).

Pero, dejando aparte los problemas interpretativos que plantea el ámbito objetivo de la norma, creo que su significado es claro: los titulares de derechos posteriores pueden pagar las cifras que aparecen en la anotación preventiva, pasando a ser titulares de la garantía que el embargo anterior confiere en cuanto a la cantidad pagada. El ejecutante podrá cobrarse con cargo a la cantidad satisfecha, cantidad que en la ejecución sustituyen al bien, pero si en la liquidación definitiva resulta no ser suficiente, por ser la deuda final superior a la prevista y anotada en el Registro y, por tanto, superior a la cantidad satisfecha por el titular de derechos posteriores, no podrá actuar ya contra el bien, puesto que habrá perdido la titularidad del embargo, y deberá buscar otra vía para conseguir la íntegra satisfacción de su derecho.

Eso sí, para que tal excepción al principio de total satisfacción del ejecutante entre en juego es requisito imprescindible que el pago de las cantidades consignadas en el Registro se realice antes de que se consume la realización derivada de la primera ejecución, ya que, en otro caso, el bien pasará al adjudicatario liberado de esos derechos posteriores no preferentes y el precio del remate se destinará a la íntegra satisfacción del ejecutante, sin limitación, quedando el derecho de los titulares posteriores reducido a la percepción del sobrante, si lo hubiere.

Creo que esta interpretación, por muchos esfuerzos que quieran hacerse para hacer decir al precepto otra cosa, es la única que puede prosperar, de manera que la única solución coherente con la tesis procesalista sería la de optar, lisa y llanamente, por la inaplicación del artículo, como hace el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de marzo de 2005, sobre la base de su consideración como vestigio histórico de una regulación que no prosperó.

Y creo que lo mismo cabe decir de la supuesta contradicción entre las dos normas, los artículos 613.3 y 662.3, que regulan la situación del tercer poseedor.

h) Tercer poseedor.

El artículo 662.3 dice: *“En cualquier momento anterior a la aprobación del remate o a la adjudicación al acreedor, el tercer poseedor podrá liberar el bien satisfaciendo lo que se deba al acreedor por principal, inte-*

(23) Así parece entenderlo el propio artículo 659 al señalar que el pago y la subrogación se hará constar al margen de la inscripción o anotación del gravamen en que dichos acreedores se subrogan y las de sus créditos o derechos respectivos, cuando tratándose de terceros poseedores lo que procedería es la cancelación de la carga por confusión.

reses y costas, dentro de los límites de responsabilidad a que esté sujeto el bien, y siendo de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 613 de esta Ley”.

El contenido material de este artículo resulta igual de claro que el del artículo 659.3 y supone que el *tercer poseedor*, es decir, todo el que adquiera un bien embargado, sin excepción, y siempre que cumpla los requisitos para merecer la protección registral, es decir, ser adquirente a título oneroso y de buena fe, ya adquiriera en una ejecución, ya por acto voluntario del ejecutado, puede liberarlo pagando, como máximo, las cifras que figuran en el Registro (*lo que se deba al acreedor por principal, intereses y costas, dentro de los límites de responsabilidad a que esté sujeto el bien*). El único requisito es que lo haga antes de que la realización se consume (*en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o a la adjudicación al acreedor*), lo que es lógico, ya que si la ejecución concluye mediante la enajenación del bien el tercer poseedor deja de serlo, puesto que ha perdido la propiedad y, por tanto, toda posibilidad de liberar un bien que ya no le pertenece, y lo único que le queda es el derecho a percibir lo que sobre del remate, si es que sobra algo.

La única vía para defender una interpretación distinta la proporciona el apartado final de este artículo al añadir: *y siendo de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 613 de esta Ley*, lo que lleva a los procesalistas a considerar que los terceros a los que se refiere el artículo 662, por la remisión hecha al 613, son, tan sólo, los que adquieran en otra ejecución. Pero lo cierto es que, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 613.3, que se refiere a adquirentes en otra ejecución, el artículo 662.3 se refiere a todo tercer poseedor, sin distinción alguna, de tal forma que, al pretender la aplicación del 662.3 sólo a quien adquiera en una ejecución, se estaría haciendo prevalecer la remisión sobre el contenido explícito de la propia norma. Con esta interpretación el artículo 662.3 daría una facultad de liberación a todos los terceros poseedores pero, por la remisión al artículo 613.3, tales terceros serían sólo unos muy concretos: los que adquieran en otra ejecución.

Y no se puede negar que la interpretación procesalista es, cuanto menos, frustrante, ya que, o se opta, una vez más, por la inaplicación como reminiscencia histórica del artículo 662.3, o se fuerza la interpretación de este artículo convirtiéndolo en una norma totalmente superflua y prescindible, cuyo único valor, por encima de su tenor literal, consistiría en la remisión a otro artículo, el 613.3, que dice algo distinto pero que sería el único digno de ser tenido en cuenta dada la remisión realizada.

Por todo lo anterior, considero que la solución más adecuada, en la línea defendida por RIVAS TORRALBA, consiste en entender que los artículos 613.3 y 662.3 son compatibles y complementarios, ya que se refieren a momentos procesales distintos.

El artículo 613 se refiere a una ejecución que llega a su fin natural mediante la realización del valor a través de la subasta o de la adjudicación al acreedor. Con lo obtenido en esa realización, conforme a lo dispuesto en los dos primeros párrafos del artículo 613, el acreedor tiene derecho a que sea íntegramente satisfecha su deuda, y todos los intereses y costas, sin que puedan aplicarse las sumas realizadas a ningún otro objeto sin estar completamente reintegrado el ejecutante. La única excepción a este principio radicaría en el supuesto de que el bien haya sido adquirido por un tercer poseedor en otra ejecución, ya que en tal caso, conforme el artículo 613.3, tratándose de bienes de la clase que permiten la anotación preventiva de su embargo, la responsabilidad de ese tercero privilegiado tendrá como límite las cantidades que para la satisfacción del principal, intereses y costas aparecieran consignadas en la anotación en la fecha en la que hubiera inscrito su adquisición, lo que supone que la cantidad realizada se destinará a pagar al ejecutante sólo hasta el límite de esas cifras de responsabilidad, quedando el sobrante a disposición de ese tercero, privilegiado por el hecho de haber adquirido en otra ejecución.

Todos los demás terceros carecen, en esta fase final, de ese privilegio derivado de las cifras de responsabilidad, de tal forma que con lo obtenido se procederá a la plena satisfacción de todo lo que al acreedor se le deba, según la liquidación definitiva, aunque se superen las cantidades inicialmente presupuestadas, y sólo lo que sobre, si sobra algo, quedará para los terceros poseedores adquirentes por actos de disposición voluntaria del ejecutado o para los titulares de derechos posteriores a la anotación preventiva del embargo.

El artículo 613.3 sería, por tanto, una excepción al principio general de íntegra satisfacción del ejecutante que juega en el momento final del proceso de ejecución, cuando la realización del valor se ha producido, tal y como es proclamado por los apartados 1 y 2 del propio artículo 613, y sería predicable del destino del remate obtenido y única y exclusivamente respecto de terceros adquirentes en otra ejecución.

De esta forma, el artículo 662.3 concedería a todo tercer poseedor el derecho a liberar el bien satisfaciendo la deuda con el límite de las cifras consignadas en la anotación, pero este beneficio de limitación de responsabilidad está condicionado a que se utilice antes de la aprobación del remate o adjudicación al acreedor, poniendo fin anticipadamente al procedimiento, ya que en otro caso ese beneficio desaparece en todos los casos menos en uno, el contemplado en el artículo 613.3, que permite, aun consumada la realización, beneficiarse de la limitación de responsabilidad a un tercer poseedor muy concreto: el que haya adquirido en otra ejecución.

Con esta interpretación, el artículo 613.3 sería perfectamente compatible con el derecho de los terceros poseedores, de todos los terceros poseedores, y de los titulares de derechos inscritos con posterioridad, a liberar el bien, o subrogarse en el embargo, satisfaciendo lo que se deba al acreedor por principal, intereses y costas dentro de los límites de responsabilidad que resultan del Registro, siempre que lo hagan en un momento anterior a la aprobación del remate; con la publicidad de que son objeto las cifras de responsabilidad, mediante su inclusión en la anotación preventiva; con las normas sobre la determinación de los bienes trabados; con la posibilidad de realización del valor en la segunda ejecución en caso de reembolso (24); y con la regulación de la ampliación del embargo, que permiten al ejecutante diligente asegurar en todo momento a lo largo del proceso la suficiencia de la traba.

Además, se conseguiría una interpretación coherente de todas las normas en juego, sin lecturas forzadas ni inaplicaciones, y, lo que no es menos importante, se alcanzaría la que, a mi juicio, es la solución más justa y respetuosa con todos o con la gran mayoría de los intereses en juego, extremo este último que creo merece una reflexión en extenso.

— Justificación de la solución propuesta.

Uno de los aspectos que resulta más insatisfactorio, tanto en la teoría procesalista como en la hipotecarista, es la argumentación a favor de la bondad de la solución propugnada, ya que, en la mayoría de los casos, parece que de lo que se trata es de defender una institución, ya sea el Proceso, ya el Registro, pasando por encima de las personas y olvidando la realidad social y la dimensión humana de los intereses en juego.

En unos casos, parece que el proceso es un fin en sí mismo, algo sagrado que necesariamente hay que salvaguardar y cuyo buen fin hay que conseguir, cueste lo que cueste. Así, se nos dice que el embargo garantiza el proceso no el crédito y que de lo que se trata, más que de la satisfacción del ejecutante, es del buen fin del proceso. De hecho, en muchas resoluciones judiciales parece que lo que subyace es el respeto a la jurisdicción, a la autoridad del juez, que, parece, quedarían burladas si se diese

(24) Aunque hay que reconocer que, incluso con la interpretación que se defiende del artículo 613.3, se seguiría produciendo, aunque en menor medida al ser la facultad de liberación común a todo tercer poseedor, una colisión con el artículo 610.3, ya que la realización del valor en el segundo embargo produciría la aparición de un tercer adquirente en esa ejecución con un derecho privilegiado sobre el remate, obtenido en la realización que se derive de la primera ejecución, en cuanto exceda de las cifras de responsabilidad, lo que supone que esa realización derivada del reembolso sí afectaría, en ese caso muy concreto, a los derechos del primer ejecutante.

trascendencia en el proceso a los actos voluntarios que el ejecutado pueda realizar fuera del mismo.

En otros casos, de lo que se trata es de defender el Registro o, mejor, todo el complejo y sutil entramado de normas y principios que la doctrina especializada, o sea, los registradores, han ido elaborando a lo largo de los años, creando una intrincada maquinaria cuyo perfecto funcionamiento podría venirse abajo si se permite cualquier resquicio a través del cual pueda colarse el caos. Lo importante no sería tanto la bondad de la solución propugnada como su coherencia lógica con los principios básicos del sistema, como el de determinación o especialidad.

Tampoco me parecen definitivos otros argumentos, también grandilocuentes, como el derecho a la tutela judicial efectiva o la interdicción del fraude.

Como señala MARTÍNEZ ESCRIBANO (25), el concepto de tutela judicial efectiva, en la doctrina del Tribunal Constitucional, supone el derecho a obtener una respuesta fundada en Derecho, esto es, motivada, razonable y no manifiestamente errónea ni arbitraria, ni lesiva de otros derechos fundamentales, pero no debe identificarse con un derecho del acreedor embargante a la íntegra satisfacción de su crédito con el precio del remate. Ciertamente el acreedor tiene derecho a que se le pague y su íntegra satisfacción puede ser un fin digno de protección, pero no un principio constitucional que deba conseguirse prescindiendo de cualquier otra consideración.

En cuanto a la interdicción del fraude, tan importante en la motivación de la enmienda que dio lugar a la redacción final del artículo 613.3, y en la jurisprudencia más antigua, me parece un argumento insuficiente y corto de miras. Existen en el ordenamiento mecanismos suficientes para solucionar los casos aislados que puedan producirse y no parece lógico que el temor a casos patológicos, claramente excepcionales, determine la solución legal al problema, más cuando la protección al tercer poseedor pasa necesariamente porque cumpla los requisitos básicos del sistema de seguridad jurídica, es decir, que se trate de un adquirente a título oneroso y de buena fe. Desechar una solución estimable por temor a fraudes, argumentar que no se puede dejar la facultad decisoria o el destino del procedimiento en manos del ejecutado, o que el ejecutado no puede transmitir al adquirente una facultad de liberación que él no tiene, sería tanto como destruir todo el sistema de seguridad jurídica y, en particular, la protección que concede el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ante la posibilidad de fraude o por considerar desorbitadas las facultades dispositivas que tendría un titular registral que puede no ser el auténtico dueño o, simplemente, ante la posibilidad de una adquisición a *non domino*.

(25) Obra antes citada.

Creo que la solución más adecuada no es la que se fundamenta en grandes principios, sino la que mejor responde a los diversos intereses en juego, y tales intereses no son los del juez o los del registrador, sino los de las partes implicadas, ejecutante y ejecutado, y los de la sociedad en general.

Desde una perspectiva general, no hay que olvidar que el proceso ni es un fin en sí mismo ni es una situación deseable. Por supuesto que la solución ideal es que el acreedor cobre todo lo que se le debe, pero también es verdad que el proceso supone un alto coste, social y económico, y que lo deseable es evitarlo o que dure lo menos posible. Para la sociedad, la solución ideal es la más justa, pero también la que se puede alcanzar de la forma más rápida y barata y para ello es bueno que el ejecutado pueda vender el bien embargado, propiciando, mediante la realización voluntaria y extrajudicial, la terminación del proceso; y es razonable pensar que cualquier solución que permita acortar el proceso es socialmente deseable.

Por otra parte, parece indudable que es también socialmente bueno, y así se viene entendiendo desde la época de la amortización, que los bienes estén dentro del tráfico jurídico. Que, mediante el mecanismo de la anotación preventiva, se haga compatible la sujeción de un bien a un procedimiento con el mantenimiento de ese bien en el tráfico es algo, sin duda, positivo desde el punto de vista de la economía general. Ahora bien, no estamos ante un principio inamovible: nada pasaría si, en aras de la mayor protección del acreedor (o, incluso, del deudor), se optase por imponer una prohibición de disponer sobre el bien embargado. De hecho, la prohibición de disponer sería una opción legislativa muy digna de ser tenida en cuenta si prevalece la tesis procesalista. Pero si se opta por la de mantener el bien embargado en el tráfico, considero que es absolutamente imprescindible que se conserve el grado de seguridad de que ese tráfico goza respecto de los bienes no embargados; lo contrario sería permitir transacciones de segunda clase, con un nivel de certeza y seguridad inferior al normal, lo cual ni sería bueno para el ejecutado ni para la sociedad.

Por tanto, desde el punto de vista del interés general, lo positivo es que el acreedor cobre, pero también que el proceso pueda acabar mediante la realización extrajudicial y que el bien embargado permanezca en el tráfico con el máximo nivel de seguridad jurídica, lo que sólo se consigue si los posibles adquirentes pueden confiar en la protección del Registro.

Cuestión distinta es que esa protección se consiga, como pretenden los procesalistas, a costa de frustrar los legítimos intereses del ejecutante y de beneficiar de forma inmerecida al ejecutado, lo que, en mi opinión, es más que discutible.

Sin duda, ante una situación de impago, el mayor afectado es el acreedor, que ve injustamente insatisfecho su legítimo derecho a cobrar y se ve obligado a acudir, contra su voluntad, a un procedimiento judicial, pero no creo que ello deba llevar a demonizar al deudor moroso, que es el malo de la película, ya que no paga, pero que también puede convertirse en víctima.

No se trata de cambiar las tornas, pero el jurista en contacto con la realidad social no puede olvidar que, especialmente en los tiempos tan duros que estamos viviendo, si el deudor no paga normalmente será porque no puede. Con lo que nos encontramos, y cada vez en mayor número, es con una persona incapaz de pagar sus deudas y que, no teniendo dinero, cuentas corrientes o de crédito, títulos, valores, joyas, objetos de arte, rentas, intereses, frutos, o bienes muebles, ni ninguno de los otros bienes que el artículo 592 declara preferentes en la traba, ve cómo se embarga lo único que tiene: un inmueble, normalmente su vivienda, muy frecuentemente de un valor muy superior al de la deuda impagada.

Este deudor que no puede pagar pero que, no habiendo sido lo suficientemente previsor como para blindar su patrimonio utilizando algunas de las muchas figuras que el ordenamiento proporciona a los más avezados y mejor asesorados, conserva algún inmueble a su nombre, se encuentra inmerso entonces en un proceso de ejecución que puede acarrearle graves consecuencias.

Por muchos esfuerzos que se hayan realizado, los procesos civiles, en general, y las ejecuciones, en particular, están lejos de alcanzar el grado de perfección deseable. Estos procesos no sólo son lentos, dependiendo muchas veces de la mayor o menor duración de la diligencia que ponga el ejecutante, y caros, cada vez más lentos y caros dada la acumulación de procedimientos que están sufriendo los juzgados como consecuencia de la crisis, sino que el proceso de realización sigue siendo una de las grandes frustraciones del sistema. La realidad es que la opción de acudir a una subasta judicial no es contemplada por la inmensa mayoría de los compradores “normales”, pero es que en estos tiempos de crisis no hay ni subasteros y lo más habitual es que la subasta quede desierta, adjudicándose el bien al acreedor, conforme al artículo 671, por la mitad del valor de tasación, respondiendo el deudor personalmente de la parte de deuda no satisfecha.

Pero es que, además, a ese triste final se va a llegar tras un procedimiento largo y costoso cuyas consecuencias, traducidas, en cuanto al tiempo, en los intereses de demora, y, en cuanto al coste, en las costas del proceso, van a ser soportadas por el ejecutado.

El deudor, por tanto, es el principal interesado en que el procedimiento no continúe y para evitarlo dispone de una solución obvia: el pago. Si

el deudor paga se acabó el proceso y se acabaron los intereses de demora y los gastos.

Claro que es muy posible que el deudor no pueda pagar porque no tiene dinero y entonces tendrá que acudir a la venta de algún bien, pero también es posible que el único que tenga sea el propio bien embargado. Pero la venta del bien embargado sólo será viable si los posibles compradores tienen un medio fácil y seguro de saber en cuánto les va a perjudicar el embargo. Pretender que el posible comprador tenga que acudir al Juzgado para enterarse del estado del procedimiento y, en su caso, esperar a la liquidación definitiva, es desconocer la realidad y hacer inviable la inmensa mayoría de las ventas. En esta situación son muy pocos los compradores "normales" que van a querer comprar, y muy pocas las entidades financieras dispuestas a financiar, por lo que la única posibilidad que quedará al ejecutado es recurrir a profesionales dispuestos a asumir los riesgos que conlleva la falta de limitación de responsabilidad sólo a cambio de unas condiciones muy favorables.

Por el contrario, si las cifras que el Registro publica constituyen un límite a la responsabilidad del tercer adquirente, el comprador, cualquier comprador, estará dispuesto a adquirir la vivienda, y el Banco o Caja de Ahorros a financiarle, puesto que saben que reteniendo el importe total de esas cifras quedan totalmente protegidos, lo que permitirá al deudor obtener por su vivienda el precio de mercado y quedar a salvo de posibles abusos.

La solución propuesta es, por tanto, buena para la sociedad, ya que se evita una situación litigiosa y se permite la circulación de los bienes, buena para los posibles adquirentes, que pueden adquirir el inmueble en condiciones de mercado y con toda seguridad, y buena para el deudor, que puede obtener un precio justo por su finca y pagar su deuda sin recargos excesivos. Pero, se nos dice, todo esto se haría a costa del acreedor, que vería frustradas sus legítimas expectativas de cobrar íntegramente su crédito.

¿Es esto así? Creo que no. En realidad, la realización voluntaria del bien, posibilitada por el juego de las cifras de responsabilidad, en la inmensa mayoría de los casos no supondrá un perjuicio para el acreedor. Parece que se olvida un dato esencial: lo que el acreedor pretende es cobrar y, para él, cuanto antes cobre, mejor. El objetivo del acreedor no radica en cobrar intereses de demora ni en que se le resarzan los gastos: su interés está en cobrar lo antes posible y sin incurrir en gastos. En la inmensa mayoría de los casos, la realización voluntaria del bien beneficiará al acreedor porque le permite cobrar antes y porque al anticiparse el pago y acortarse el procedimiento, con la reducción de intereses y costas que ello conlleva, lo más probable es que la liquidación final no supere las cifras inicialmente previstas.

Que tal vía de acabar el proceso, beneficiosa en la inmensa mayoría de los casos para el ejecutante, quede cerrada para evitar la simple posibilidad de que resulten impagados unos intereses y unas costas que se incrementan cada día que dura ese proceso, y que si son superiores a los previstos inicialmente muy probablemente se deba a la excesiva duración de la ejecución, a la que no se puede poner fin anticipadamente, es un sinsentido.

Y el sinsentido se agranda si tenemos en cuenta que la posibilidad de que el acreedor no sea íntegramente satisfecho en caso de enajenación voluntaria es muy pequeña, prácticamente residual. Si la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé un límite, el 30 por 100, para las cifras de intereses de demora y previsibles costas, no creo que sea para fastidiar al acreedor, sino porque se estimó que en la práctica lo normal es que no se supere esta cifra. Además, la Ley prevé mecanismos correctores, favorables al acreedor, como la posibilidad de superar ese límite desde el inicio, si así lo aconseja la previsible duración de la ejecución y el tipo de interés aplicable, o como la regulación de la ampliación del embargo, que permite al acreedor diligente mantener en todo momento actualizadas las cifras de responsabilidad.

Desechar una solución favorable para la sociedad, para el tráfico, para la seguridad jurídica, para el deudor y, en la mayoría de los casos, para el propio acreedor, para evitar un hipotético perjuicio al ejecutante, que sólo se va a dar en casos muy residuales, y debido a su falta de diligencia, no creo que sea la mejor opción.

Además, en ocasiones, ese perjuicio puede no ser tal, sino al contrario, un pingüe negocio nacido a la sombra de la sobreprotección que dimana de la tesis procesalista. Sirva como muestra el anuncio aparecido en diversos diarios, y denunciado por la revista *El notario del siglo XXI* (26), por el que una empresa, según sus palabras, dedicada a la Inversión y Gestión de Activos Inmobiliarios y con una larga trayectoria profesional, ofrece un excelente producto financiero consistente en la compra de créditos en ejecución, con una alta rentabilidad que, dice el anuncio, deriva de unos intereses de demora de los que uno se puede beneficiar cómodamente por un período aproximado de entre diez y quince meses, dependiendo de la agilidad de los juzgados, abogados y procuradores, hasta el señalamiento de la subasta.

En este orden de cosas es muy significativo el ejemplo citado en la justificación de la enmienda que dio lugar a la redacción actual del artículo 613.3, que es el siguiente: *embargado un bien en una ejecución despachada por 100 –cantidad que se hace constar en la anotación–, la ejecu-*

(26) *El notario del siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, noviembre-diciembre 2008, número 22, pp. 10 y 11.

ción llega a estado en que, por el devengo de intereses moratorios y por las costas ya producidas, la deuda total asciende a 120. Si, antes de que el acreedor pida y obtenga que se haga constar el aumento en la anotación, el deudor vende el bien a un tercero por 120 y el adquirente inscribe su derecho, el deudor se embolsa los 20 (sería ingenuo pensar que los va a depositar en el Juzgado a disposición del acreedor) y el acreedor sólo podrá obtener del tercer poseedor 100. Que esto no es admisible se demuestra porque, si ese mismo tercero hubiera ofrecido 120 en la subasta de la ejecución, a él le habría costado lo mismo adquirir el bien, y el ejecutante habría quedado totalmente satisfecho.

Se pone claramente de manifiesto un grave error, derivado de una defectuosa percepción de la realidad social, cual es la suposición de que el tercero que está dispuesto a comprar por acto de disposición voluntaria del ejecutado (pudiendo, entre otras muchas ventajas, visitar la finca y comprobar su estado el mismo día de la compra, solicitar y obtener financiación en condiciones normales de mercado –sincronizando la compra con la hipoteca sobre la finca comprada–, elegir el notario y acordar el día del otorgamiento de la escritura –lo que permite, por ejemplo, coordinar la compra con la venta de otra finca o planificar la mudanza o la obra a realizar– y asegurarse el acceso inmediato a la posesión, todo ello sin trámites ni costes extraordinarios y utilizando el sistema de seguridad jurídica a que cualquier ciudadano está habituado) estará dispuesto a pagar el mismo precio si tiene que acudir a una ejecución (con los inconvenientes que ello plantea, como la incertidumbre sobre si la finca le será o no finalmente adjudicada y sobre el momento y precio final de adjudicación, las pocas facilidades para poder visitar la finca y aproximar esa visita al momento de la subasta, la dificultad para obtener la financiación necesaria –que, en la inmensa mayoría de los casos, no podrá garantizarse con hipoteca sobre la finca a adquirir–, las complicaciones que pueden surgir a la hora de conseguir la posesión efectiva y la necesidad de contar con representación procesal y asesoramiento especializado, todo ello agravado por la lentitud de los trámites judiciales y el desconocimiento, por no decir desconfianza, que los ciudadanos normales tienen respecto de los procedimientos judiciales).

Lo cierto es que, en el ejemplo puesto por nuestros legisladores, quien esté dispuesto a comprar hoy por el valor de mercado la finca embargada, siempre que cuente con algún mecanismo que le permita el levantamiento del embargo con seguridad y facilidad, no estará dispuesto ni siquiera a plantearse acudir a una futura subasta judicial para pujar por ese bien, y si lo hace será sólo si puede obtener un precio muy inferior que le compense por las dificultades y costes de tal excepcional vía de adquisición.

La realidad, por triste que sea, es que la finca que alguien estaba dispuesto a comprar por su valor real, es decir, 120, consignando 100 en el juzgado a disposición del acreedor y entregando 20 al deudor, quien quedaría respondiendo personalmente frente al acreedor por esa misma cantidad, muy probablemente se adjudicará, después de un procedimiento largo y socialmente costoso, en el que se incrementarán enormemente los intereses y las costas, por mucho menos de esos 120, pongamos, para ser optimistas, por 80, con grave perjuicio para el ejecutante, que cobra, más tarde, mucho menos de esos 100 que se hubiesen consignado a su favor y, sobre todo, para el ejecutado, que, además de quedarse sin finca y sin sobrante alguno, responderá personalmente de todo lo no satisfecho, que se habrá incrementado notablemente por la duración del procedimiento, desde que él pudo vender voluntariamente por 120 hasta que finalmente se adjudique la finca en subasta por mucho menos.

Y si, como está ocurriendo, la subasta queda desierta y el acreedor se adjudica la finca por la mitad del valor de tasación, la situación es aún más penosa para el deudor. Suponiendo que el valor de tasación coincide con el real, es decir, los 120 que un tercero estaba dispuesto a pagar en el tráfico normal, el acreedor se adjudicará la finca por 60 y nos encontramos con que el deudor, que voluntariamente podía haber vendido la finca pagando 100, percibiendo 20 y respondiendo personalmente de otros 20, ahora ha pagado 60, no ha percibido nada y responde de otros 60 (27).

— Recapitulación.

Recapitulando, creo que del conjunto de la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil resulta una solución ponderada del problema en la que se parte, como principio general, del derecho del acreedor a la íntegra satisfacción de su crédito, pero este derecho se predica del final de la ejecución, del momento en que, consumada la realización, se ha convertido el bien en dinero. Si el procedimiento sigue su curso normal y la ejecución llega a su fin, es lógico que el dinero obtenido se destine íntegramente a la satisfacción del crédito cuyo impago la originó.

Pero hasta que ese momento final llegue, durante la tramitación del procedimiento, el derecho del acreedor a la íntegra satisfacción se ve limitado por otros dos principios.

(27) Y todo ello sin tener en cuenta que el importe final de la deuda, que en el momento de la posible venta voluntaria estaba en 120, muy probablemente se habrá incrementado de forma notable en el momento en el que finalmente se adjudique el bien en la subasta, por el simple transcurso del tiempo y por la realización de trámites que podrían haberse evitado si fuese viable la realización voluntaria extrajudicial.

El primero, expresamente proclamado por la Ley, sería el de menor onerosidad del embargo que juega en el momento inicial del procedimiento y supone que se intente embargar bienes cuyo valor no exceda de la cantidad por la que se despacha ejecución, sin tener en cuenta posibles desviaciones respecto a las cantidades provisionalmente fijadas. Lo que se embarga es lo que tenga un valor similar a las cantidades presupuestadas en orden a evitar un embargo excesivo para el ejecutado y ello aunque el ejecutante pueda quedar perjudicado por una insuficiencia sobrevenida de tales cifras.

El segundo, implícito en gran parte de las normas estudiadas, se aplicaría durante la tramitación del procedimiento, después de ordenada la traba y antes de la aprobación del remate, y se podría denominar **principio de menor onerosidad del procedimiento**, consistiendo en el derecho del ejecutado a proceder por sí mismo a la realización extrajudicial del bien, mediante su venta voluntaria, en orden a obtener el mejor precio posible y evitar una excesiva y costosa duración del procedimiento. Para que ello sea posible es imprescindible arbitrar un sistema que permita a los posibles adquirentes conocer la situación exacta del bien y el alcance de la traba, sin necesidad de averiguaciones que no sean las normales del sistema y, sobre todo, obtener un grado de seguridad similar al que el ordenamiento jurídico proporciona con carácter general, lo que pasa, necesariamente, por la concesión a los terceros poseedores de la facultad de liberar el bien pagando las cifras de responsabilidad que figuran en la anotación preventiva.

Tal posibilidad, consagrada, clara y expresamente, por los artículos 662.3 y 659.3, y por el conjunto de la regulación, es perfectamente coherente y respetuosa con el tenor literal del artículo 613.3, si se interpreta este artículo en relación con el resto de sus apartados y se considera que la referencia a *terceros adquirentes en otra ejecución* supone que sólo estos terceros gozarán de limitación de responsabilidad una vez que se consume la realización por la aprobación de la subasta.

Es esta interpretación la única que da coherencia a todos los preceptos en juego, sin recurrir al cómodo expediente de prescindir de la aplicación de alguno de ellos, y es la solución más beneficiosa para la sociedad, para la economía, para el tráfico, para la seguridad jurídica, para el ejecutado, para los posibles adquirentes e, incluso, en la mayoría de los casos, para el ejecutante, a quien, además, se dota de instrumentos cuya utilización diligente le permiten evitar los perjuicios que esta solución, en casos puntuales, le podría acarrear.

Ahora bien, mientras no exista un pronunciamiento claro del Tribunal Supremo, desde el punto de vista de un jurista práctico, la situación es to-

talmente diferente. La polémica doctrinal, la natural tendencia de los juzgadores a alinearse con las ideas procesalistas, las resoluciones de las Audiencias y el planteamiento maximalista de nuestra Dirección General hacen que el jurista que deba enfrentarse con el problema, por muchas disquisiciones teóricas que quiera hacer a sus clientes, al comprador "normal" que solicite su asesoramiento, pretendiendo adquirir con el grado de protección habitual, deberá aconsejarle que se abstenga de hacerlo.

Sólo el adquirente dispuesto a acudir al procedimiento y asumir riesgos estará en condiciones de comprar. Y en la inmensa mayoría de los casos se tratará de un profesional que intentará aprovecharse de la situación angustiosa del ejecutado y de la ausencia de otros competidores.

Por ello, si las tesis procesalistas son las llamadas a triunfar, si el Tribunal Supremo no corrige radicalmente la situación que ahora se está imponiendo, que, desde mi punto de vista, sería lo deseable, considero que sería urgente una reforma legal que: 1) recoja con claridad unos principios actualmente no expresados con suficiente contundencia en ningún precepto; 2) derogue los artículos, claros y en vigor, que ahora son desaplicados en cuanto supuestos vestigios históricos; 3) excluya de la anotación preventiva toda referencia a las cifras por las que se ha despachado provisionalmente la ejecución, ya que estas cifras nada aportarían a los terceros y sólo servirían de motivo de confusión o engaño; 4) imponga al ejecutado la prohibición de disponer del bien embargado, para evitar actos dispositivos que quedan al margen del sistema general de seguridad jurídica preventiva y para proteger al propio ejecutado de los abusos de los que, muy probablemente, su situación de necesidad le hagan víctima.

IV. EFICACIA DE LAS CIFRAS DE RESPONSABILIDAD EN LA HIPOTECA

En lo que a la hipoteca se refiere, la cuestión es mucho más sencilla y no se han planteado grandes problemas doctrinales, puesto que la regulación legal parece mucho más clara.

El artículo 689 establece: *Comunicación del procedimiento al titular inscrito y a los acreedores posteriores. 1. Si de la certificación registral apareciere que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio no ha sido requerida de pago en ninguna de las formas notarial o judicial, previstas en los artículos anteriores, se notificará la existencia del procedimiento a aquella persona, en el domicilio que conste en el Registro, para que pueda, si le conviniere, intervenir en la ejecución conforme a lo dispuesto en el artículo 662, o satisfacer antes del remate el importe del crédito y los intereses y costas en la parte en que esté asegurada con la hipoteca de su finca.*

Y el artículo 692 dispone: *Pago del crédito hipotecario y aplicación del sobrante. 1. El precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria; el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado.*

Resulta claro que el tercer poseedor puede liberar el bien, pagando las cifras de responsabilidad, en cualquier momento anterior al remate y si la realización se consuma el ejecutante sólo tiene derecho a cobrar hasta donde alcance la responsabilidad hipotecaria, quedando el remanente a disposición del tercer poseedor o, en su caso, de los titulares de otros derechos inscritos o, aquí sí, anotados.

Por tanto, se consume o no la realización, se realice ésta de forma forzosa o voluntaria, el acreedor hipotecario debe tener claro que sólo podrá cobrar con cargo a lo que se obtenga de la enajenación del bien hasta donde alcancen las cifras de responsabilidad fijadas en el momento de la constitución de la hipoteca. La única excepción a este principio se daría, según el artículo 692.1, párrafo segundo, si no existen terceros poseedores, es decir, *cuando el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor, ni créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca, o cuando éstos hayan sido ya satisfechos, ya que sólo en tal caso el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución... siempre que el deudor no se encuentre en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra.*

Tal diferencia de trato derivaría de la diferente naturaleza del embargo frente a la hipoteca, ya que en ésta se trata de atribuir al acreedor, por voluntad de las partes, un derecho real de realización del valor sobre un bien en garantía de un crédito, ante su hipotético y futuro incumplimiento, lo que exige pactar *a priori*, dentro del contenido negocial, una extensión máxima de la garantía; mientras que en el embargo nos encontramos con un crédito que ya ha sido incumplido, procediéndose a concretar la responsabilidad patrimonial universal sobre un bien determinado a cuya realización se procede inmediatamente.

Esta argumentación es importante puesto que, aunque los artículos 689 y 692 son claros y no contemplan ninguna excepción, teóricamente podría matizarse la posición del tercer poseedor, según que acceda al Registro antes o después de que se haya practicado la nota indicativa de la extensión de la certificación de dominio y cargas, prevista en el artículo 688.2,

mediante la que se da a conocer la existencia del procedimiento de ejecución hipotecaria.

La extensión de esa nota supone que la ejecución ya se ha iniciado, lo que implica, a su vez, que el crédito garantizado ha sido impagado. No estamos ya ante una garantía en previsión de un hipotético incumplimiento, sino ante una ejecución en marcha, derivada de un impago ya consumado. La posición del acreedor hipotecario se asemeja ahora a la del ejecutante en el embargo, y la protección de quien adquiera con posterioridad a esa nota en nada debería diferenciarse de quien adquiere un bien incurso en cualquier otro procedimiento de ejecución. Además, si triunfa la tesis procesalista, se daría la paradoja de que al acreedor hipotecario le sería más beneficioso ejercitar la acción personal y solicitar el embargo sobre el propio bien hipotecado que ejecutar la hipoteca.

De hecho, este es el planteamiento que ROCA SASTRE (28) defendió al considerar que el tercer poseedor que aparece durante el procedimiento, es decir, una vez extendida la nota marginal, si quiere pagar debe subrogarse en la posición del deudor, si bien ROCA matiza que *por aquella responsabilidad del tercer poseedor retardado, en los conceptos de intereses y costas judiciales se produce efectivamente una subrogación personal, que como tal puede alcanzar inclusive los bienes del tercer poseedor opo-nente y del que es adquirente de última hora. Pero en los demás no se produce verdadera subrogación personal, esto es, el débito por capital o principal, ya que se trata de una subrogación meramente procesal...*

Y esta es la tesis defendida en una antigua sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1941, también citada por ROCA SASTRE (29), que, equiparando la anotación preventiva con la nota de expedición de la certificación, consideraba que *no puede igualarse en protección hipotecaria a los titulares anteriores y a los posteriores a la reclamación judicial, pues los primeros adquieren con conocimiento de que la finca está gravada por razón de intereses y costas en los términos que resulten de la inscripción o del artículo 114, y los últimos, al adquirir son advertidos por la anotación preventiva o por la nota marginal —de igual significación jurídica excepto de publicidad— de que existe la posibilidad de que aquella carga resulte agravada por sucesivos vencimientos de intereses y devengo de costas procesales, que, naturalmente les ha de afectar porque en cuanto a ellos no son terceros, lo que corroboran los términos de la exposición de motivos de la Ley de 61 al atribuir a la nota marginal el significado de “saludable advertencia” que se hace a todos para que conozcan los peligros que puede lle-*

(28) ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho Hipotecario*, Editorial Bosch, séptima edición, Barcelona, 1979, tomo IV-2.º, pp. 1062 y 1063.

(29) Obra citada en nota anterior, p. 1053.

varles cualquier contrato sobre la finca gravada... Para esta sentencia el tercer poseedor que adquiere la finca después de la extensión de la nota marginal no tiene la condición de tercero a los efectos del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, por lo que la Ley Hipotecaria no le protege; la relación jurídica se desenvuelve en la esfera del derecho civil, y el acreedor a falta de trabas o limitaciones hipotecarias, actúa sobre la finca como si ésta continuase en poder del deudor... porque si se admitiese que el tercer adquirente, nacido a la vida del derecho en cualquier tiempo después de la reclamación judicial, no le afectaban las responsabilidades de la finca por intereses y costas fuera del marco del artículo 114, se pondría en manos del deudor la posibilidad de confabularse con un tercero, mediante la transferencia del dominio, para burlar los derechos del acreedor cercenándole intereses que, sin dicha transferencia, le serían exigibles en toda su extensión y no hay ley que ampare la mala fe ni deje al arbitrio de uno de los contratantes la natural eficacia de las obligaciones contraídas.

Es cierto que estos planteamientos perfectamente podrían extenderse a la regulación actual de la ejecución hipotecaria para buscar una interpretación correctora de la Ley, como se hizo en su día con la anotación preventiva de embargo, pero también lo es que en la actual regulación no existe ninguna distinción en función de que el tercer poseedor adquiriera antes o después de la extensión de la nota marginal por la que se advierte de la extensión de la certificación de dominio y cargas, y, por ende, de la existencia del procedimiento de ejecución, o de que los titulares de derechos inscritos o anotados accedan al Registro antes o después de esa nota. El artículo 689 permite a todo tercer poseedor, cualquiera que sea el momento de su adquisición o de su acceso al Registro, liberar el bien siempre que lo haga antes del remate, satisfaciendo el importe del crédito y los intereses y costas en la parte en que estén asegurados con la hipoteca sobre su finca, y el artículo 692 destina el precio del remate a pagar al ejecutante hasta donde alcance la cobertura hipotecaria, destinándose el sobrante al tercer poseedor o a los titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca, sin distinción alguna por el hecho de que su acceso al Registro haya sido posterior o anterior a la extensión de la nota en cuestión.

En este sentido se ha manifestado la Audiencia Provincial de Madrid en reciente auto de 25 de junio de 2007 al considerar, frente a la pretensión del ejecutante de que el límite de responsabilidad del artículo 114 de la LH sólo afecta a los acreedores o titulares de derechos reales que al tiempo de expedirse la certificación de cargas y la correspondiente nota marginal figuraban en el Registro de la Propiedad, que es predicable de todo tercer poseedor, aun de los que adquieran después de la extensión de esa nota, el derecho a *satisfacer antes del remate el importe del crédito*

y de los intereses y costas en la parte que estuviera asegurada por la hipoteca de su finca, que es la opción que reconocía el antiguo artículo 131.5 inciso 1.º de la Ley Hipotecaria, y que se sigue reconociendo en los vigentes artículos 662.3 y 689.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El efecto jurídico-material del pago o consignación del crédito y de sus intereses será el de la extinción del préstamo garantizado y procesalmente una vez satisfechos todos los créditos susceptibles de ejecución –costas incluidas– conforme figura en el Registro provocan la extinción de ejecución por falta de objeto.

Por todo ello, hoy por hoy, creo que los interesados en adquirir una finca hipotecada, incluso cuando su ejecución haya comenzado, constando así en el Registro a través de la nota de expedición de certificación de dominio y cargas, podrán hacerlo con toda tranquilidad o, al menos, con la misma tranquilidad que quienes en los años ochenta se planteaban comprar una finca embargada.

DEONTOLOGÍA NOTARIAL (*)

EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS

Notario Honorario.

*Presidente de la Comisión de Cultura
del Ilustre Colegio Notarial de Las Islas Baleares*

Hoy es para mí un día muy especial, por cuanto se cumplen cincuenta años, contados día a día, desde que tomé posesión de mi primera notaría en este Ilustre Colegio: una de las dos de Lluçmajor, como pienso saben todos los presentes. Toma de posesión un tanto singular, pedestre me atrevo a decir, por haberse formalizado ante el entonces Oficial Mayor del Colegio, sin la presencia del Decano ni de ninguno de los miembros de la Junta Directiva. No siempre tiempos pasados fueron mejores.

Cumplo, pues, mis bodas de oro en y con este Colegio. En, preposición que denota en qué lugar se realiza lo expresado por el verbo a que se refiere y con, también preposición, que implica juntamente y en compañía.

Como Dios Nuestro Señor me ha concedido la gracia de llegar a esta “temprana” edad en condiciones de normalidad –eso sí, sin profundizar–, se me ha ocurrido agradecer todos los favores recibidos con una charla.

(*) Conferencia pronunciada el 5 de mayo de 2009 en el Ilustre Colegio Notarial de Las Islas Baleares.

Circular número 31, de 26 de mayo de 2009, de la Comisión de Cultura de este Colegio.

Charla que iba a versar sobre el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, con lo cual daría un nuevo bocado a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, tras haberlo hecho anteriormente al tratar de la autotutela y de los apoderamientos preventivos; pero... el hombre propone y, a veces, un buen amigo dispone. Buen amigo, de esta casa, que me ha convencido para que hable de un tema que parece olvidado, cuando menos arrinconado, y del que depende en gran medida el futuro del Notariado. No hace falta decirles que el tema es el de la deontología profesional/notarial.

Tema difícil y peligroso, pues siempre hay que ser osado o inconsciente para hablar sobre cuestiones deontológicas a compañeros. GONZÁLEZ PALOMINO nos pone en guardia en estos casos sobre “la inevitable actitud petulante y vanidosa que adopta todo aquél que pone el paño al púlpito para hablar de los deberes morales de su profesión. Parece –dice– que el sermoneador quiere ponerse en nivel superior al de sus compañeros, erigiéndose en dómine, censor y dictador de vidas y haciendas”.

Pocas palabras van a salir de mi boca de cosecha propia, me voy a limitar a reproducir, casi siempre literalmente, las pronunciadas por otros ilustres compañeros hace bastantes años, pero que no han perdido un ápice de actualidad. Compañeros a los que pido perdón por no citarles *nominatin* a cada instante, pues de hacerlo esta charla podría, quizá, captar menos su interés. De seguro que el ya nombrado GONZÁLEZ PALOMINO, DELGADO DE MIGUEL, José María DE PRADA, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, VALLET y tantos otros a los que voy a fusilar no se enfadarán por ello.

En todas las profesiones, pero de forma especial en la nuestra, la deontología –del griego “deón, deontos”, deber y “logos”, tratado; ciencia o tratado de los deberes, término creado por el filósofo Jeremy BENTHAM– es una asignatura crucial que justifica la existencia de la profesión misma y, desde luego, de sus organizaciones colegiales. Cuando algunos organismos internacionales o nacionales han querido dar una consideración unitaria a las empresas económicas y a las profesiones ha surgido como elemento diferenciador insoslayable el tema de las exigencias deontológicas profesionales puestas al servicio de los destinatarios y el de la necesidad de organismos colegiales que velen por el cumplimiento de aquéllas. En términos simplificadores –y dicho con todos los respetos– no es lo mismo ni puede darse idéntico tratamiento a la venta de zapatos que al asesoramiento a la hora de hacer testamento o capítulos matrimoniales. Si del panorama general pasamos a fijar la atención en el específico de nuestra profesión notarial, la necesidad de una preocupación por la deontología se acrecienta por lo delicado de los problemas de los que nos ocupamos y la importancia de la confianza del cliente que acude a nosotros.

El Notariado –no podemos olvidarlo– debe al talante ético de sus miembros gran parte de su prestigio. Por otra parte, el Notariado está fuertemente enraizado en la sociedad y se nutre de ella y es lógico que surjan en él corrientes y tensiones similares a las que podemos detectar en el entramado social al que pertenecemos. En un mundo en el que el fraude y la corrupción son noticia cotidiana, la insolidaridad una parte normal de conducta y el egoísmo y el ansia de lucro y bienestar económico el norte que guía a la mayor parte de nuestros conciudadanos, si queremos evitar que se instalen estos vicios entre nosotros tenemos que mantener una constante preocupación por la deontología y mantener vivo el diálogo en torno a sus temas más importantes.

Nada más lejos de mi intención que aconsejar a nadie sobre cuestiones morales. Me voy a limitar a recordar lo que todos ya sabemos o deberíamos saber y que, además, estoy convencido vive la inmensa mayoría del Notariado: esos principios que, como en toda profesión, configuran las coordenadas deontológicas que nos permitirán saber una cosa tan sencilla como la de si se vive, se actúa, bien o no. Con ello soy perfectamente consciente del peligro de verme perseguido de aquí en adelante por el fustigazo del “médico cúrate a ti mismo” con el que se suele obsequiar a quien osa penetrar por senderos tan procelosos.

Asumimos el riesgo y justificamos la decisión de hablar hoy sobre deontología en base a estos argumentos:

1. Nunca han afectado gravemente al Notariado las sucesivas agresiones que desde el exterior ha venido recibiendo desde 1862 hasta nuestros días. Son los problemas internos, la falta de unidad, el cumplimiento desidioso de la profesión, el egoísmo sin escrúpulos de algunos de sus componentes, la búsqueda sin cuartel del documento por el documento, la atención no personal del despacho, la falta de solidaridad con el compañero más necesitado, la falta de preparación, la competencia profesional trasladada del despacho al restaurante o al club, todo un sinfín de actitudes y modos de ser y comportarse totalmente desmerecedoras del título de notario de que algunos presumen, los que pueden acabar con esta profesión. En el fondo no hacen otra cosa que cubrir con medallas ajenas –las de nuestros predecesores– su falta de vergüenza y su engreimiento.

2. Las virtudes son para practicarlas, pero también para ser recordadas, al menos de vez en cuando. Normalmente, el que cumple legalmente con los deberes deontológicos más elementales es el que recibe la crítica, la murmuración, cuando no el aislamiento de los que “porque hay que estar de acuerdo con los tiempos modernos” pasan por cualquier cosa con tal de conseguir un documento más.

3. La casi totalidad del Notariado cumple leal y honestamente con su

profesión y continúa con su labor diaria y callada, el modo de actuar que nos legaron nuestros antecesores. Sólo una pequeña parte incumple, quizá no sistemática, pero sí continuamente con los principios deontológicos que informan el ejercicio de nuestra profesión. Pero no nos engañemos, el ejemplo de unos pocos puede extenderse por interesado mimetismo y la excepción al cabo de los años convertirse en regla. A los primeros nuestra gratitud; a los que consideran esta profesión como un coto cerrado para sus pretensiones o sus ganancias, creemos que no está de más cantar de vez en cuando, si bien con voz ajena, las verdades del barquero.

4. Si el cumplimiento de estos principios que deben informar la profesión notarial tuviera únicamente una relevancia individual, esta charla, y otras similares, no tendría sentido. Doctores tiene la Iglesia... Pero no podemos olvidar que ese incumplimiento de los principios deontológicos está afectando y puede afectar mucho más si no se corrigen a la propia supervivencia de la profesión y por ahí no debemos, no podemos pasar... a pesar de estar jubilado y, por tanto, fuera de servicio ("ausser Dienst"), y

5. Los notarios que se vienen incorporando año tras año al Notariado deben conocer desde el comienzo que el buen actuar es consustancial con nuestra profesión y no deben olvidar nunca que la raíz última del prestigio del Notariado se encuentra en el ejercicio de la fe pública, un poder no suyo, sino del Estado, que delega en él para su adecuado uso en servicio de la sociedad. El notario inmoral no sólo está defraudando la confianza del Estado, sino lesionando el legítimo derecho de los demás notarios a que su profesión se ejercite, ya no sólo en las mismas condiciones de legítima competencia, sino de altura moral. La importancia que la moral tiene para la propia pervivencia de nuestra profesión la destacó VALLET: "Si le faltara la Ciencia, el Notariado podría funcionar más o menos imperfectamente. Pero sin Moral, sin su buena fe, no sería posible la función".

Algo parecido señaló CASTRO LUCINI al advertir que "cuando en una profesión fallan los principios éticos que deben inspirar la actuación de sus miembros, o cuando determinados profesionales no ajustan su conducta a tales cánones morales, sin que, por otra parte, les sea llamada la atención en debida forma por los propios órganos rectores de la profesión a que pertenezcan, el desprestigio de ésta comienza".

La deontología profesional, nos enseñó GONZÁLEZ PALOMINO, no va dirigida a la técnica del funcionario, sino a su espíritu. Para aquellos, decía, que tengan por costumbre seguir los estímulos de su conciencia, bastará con hablar a su conciencia. Será ésta la que les diga cuál es en cada momento la conducta profesional digna y correcta, pues no existe una Moral Notarial; "Moral no hay más que una", y es una Moral personal,

individual, tamizada en su ejercicio por el quehacer profesional. Por ello, la deontología profesional poco interés puede tener para los que hayan amordazado la conciencia y sólo escuchen su interés. Son quizá fieles transgresores del viejo adagio hegeliano: "Todo lo moral ha de ser posible, y todo lo posible ha de ser moral".

Diego DE RIBERA, escribano del siglo XVI, resumía en tres los preceptos que debían guardar los escribanos del Reino: "Vivir bien y honestamente. Guardarse de hacer mal y agravio. Dar a cada uno lo que es suyo".

Sin esas cualidades es muy difícil llevar a cabo la realización de la Justicia, que constituye el fin último del Derecho, pues, como afirma VALLET, ese fin no es aplicar la norma como premisa mayor a un supuesto de hecho; es realizar en justicia la relación jurídica hallando (objetiva no subjetivamente) la norma justa (en función al fin de ésta y al resultado).

La deontología está, a su vez, íntimamente ligada a la vocación. En las conclusiones de las desaparecidas –mal desaparecidas– Jornadas de Pobleat de 1962 se recogía como segunda de ellas la siguiente: "El Notariado en cuanto profesión implica vocación, es decir, dedicación y servicio a la comunidad. Todos los notarios estamos consagrados a la realización de los mismos fines y ligados necesariamente por el vínculo entrañable del compañerismo. Si olvidamos el sentido de servicio y nos dejamos guiar por un puro interés material, el compañero se degrada a competidor y el sentimiento de hermandad es sustituido por el de hostilidad, envidia o recelo".

Toda profesión, decía ARANDA, "representa un servicio para los demás, pues no es más que el empleo de las propias facultades en bien del prójimo. Pero esta afirmación, en el caso del notario, cobra unas cualidades tan íntimas y se realiza de forma tan directa que ya no cabe pensar sólo en una realización más o menos vaga del bien común, sino en una concretísima y directa contribución al bien particular del prójimo que acude a la Notaría".

La vocación notarial está marcada por la idea de servicio a la sociedad, que se realiza manifiestamente a través de los dos aspectos esenciales de nuestra profesión: asesoramiento –labor cautelar que como profesional del Derecho aconseja acerca de los medios lícitos para la consecución de los fines, también lícitos, que se propongan las partes– y dación de fe en el instrumento público. Doble actividad que viene singularizada en la vocación notarial a través de la dedicación, preparación profesional y entrega apasionada en el desempeño de la profesión que permite que los particulares que soliciten su intervención obtengan de su prestación lo que en ella buscan: veracidad, firmeza de lo hecho, seguridad jurídica, independencia, justicia del acto. Pero este servicio no puede agotarse en el limitado campo de nuestra actividad profesional. Antes bien, devolviendo

a la sociedad lo que ésta nos ha proporcionado, el notario debe colaborar generosamente en el desarrollo de las diversas actividades culturales, sociales, de promoción humana, que su posición en la comunidad le permitan alcanzar.

Realiza de este modo el notario una auténtica función social. Una función, decía FIGA FAURA, “de guía y maestro de aquellos que dan sus primeros pasos en la vida jurídica. Contra las presiones, contra todas las exigencias, contra todas las facilidades, contra todas las tentaciones y con todo el esfuerzo, la meticulosidad, la paciencia, la humanidad que para ello sean necesarias, el notario afirma la voluntad de continuar siendo guardián de su propio hermano”.

La realización de esta función social por parte del notario, lejos de configurarse como una obligación legal derivada de la naturaleza de la profesión, tiene su origen fundamentalmente en una obligación moral. “La profesión notarial —escribió SANAHUJA— es quizá entre todas las sociales aquélla cuyo ejercicio mayor moralidad demanda si ha de responder al objeto de su creación”.

Reducían GONZÁLEZ PALOMINO y GUIMERÁ PERAZA a cuatro las virtudes que debe reunir el notario: ciencia, conciencia, rectitud y experiencia. El desaparecido DELGADO DE MIGUEL las consideraba como norte o compendio y estimaba que hay otras muchas que en mayor o menor medida deben rodear nuestra actividad y que son las que pasamos a examinar:

A) Ciencia. Constituye sin duda la primera obligación ética de todo profesional el adquirir unos conocimientos y competencia que le permitan desempeñar su profesión con suficiente soltura y autoridad como para cumplir a través de ella el servicio que la sociedad le encomienda.

Nuestra legislación notarial demanda la prueba plena positiva de la ciencia con dos procedimientos: 1.º La exigencia del título de licenciado o doctor en Derecho o haber concluido los estudios de esta licenciatura (art. 10 de nuestra Ley y 6 del Reglamento). Sean cualesquiera que sean los defectos de la organización universitaria entre nosotros, una de las cosas que no se improvisan, ni se suplen ni se subsanan, ni aun por toda una vida dedicada al cultivo de cualquier ciencia o técnica, es la formación universitaria. 2.º La exigencia de superar unos ejercicios de examen, en los que el aspirante, en libre concurrencia con todos los demás, ha de demostrar que tiene más ciencia que los otros, pues el sentido de la oposición es el de ser una exposición pública de calidades científicas; un concurso de mejores ofertas, entre los que se elige y selecciona y ordena a los mejores, al menos, a quienes han hecho —por las razones que sean— mejores pruebas y por orden de calidades probadas (art. 12 de la Ley del Notariado y 10 a 21 del Reglamento). Dato curioso: la primera oposición

a notarías tuvo lugar en 1858, cuatro años antes de la entrada en vigor de la Ley notarial, en cumplimiento de una Circular de 23 de diciembre de 1857, por la que, con motivo del nacimiento del Príncipe de Asturias, el que sería Alfonso XII, se crearon cuarenta y cinco notarías, tres por Audiencia, ordenándose que se cubrieran por el sistema de oposición entre las Audiencias ya seguido por el proyecto de la Ley del Notariado.

No cabe duda que la ciencia queda confirmada *ab initio* por la prueba de la oposición, pero ha de ir avalada posteriormente por el esfuerzo diario y continuado para adquirir una formación jurídica cada vez más profunda y una puesta al día lo suficientemente efectiva como para lograr mantener con dignidad el título de profesional del Derecho. Ello sólo tiene una traducción en la vida real: horas de estudio. Nadie ignora lo del “camarón que se duerme...”.

B) Conciencia. También esta cualidad o requisito puede considerarse en dos tiempos. El primero, referido a la cualidad previa que debe reunir el aspirante a notario; y el segundo, en el ejercicio profesional del notario ya seleccionado (propiamente, deontología notarial).

La conciencia del aspirante, es decir, su moralidad, como prueba de capacitación para el ejercicio de un cargo extremadamente delicado, no admite prueba positiva previa. Se establece una presunción general y sólo la prueba contraria excluye de la oposición. En épocas pasadas, la Ley del Notariado exigía como requisito positivo que el aspirante fuera “de buenas costumbres” (art. 10) y el Reglamento que acreditara moralidad y conducta intachables (art. 6), debiendo acompañar el aspirante a su instancia solicitando ser admitido y tomar parte en las oposiciones (art. 8 del Reglamento) una declaración de su propia moralidad y conducta, una certificación negativa del Registro Central de Penados y Rebeldes y otra de buena conducta expedida por la autoridad municipal de su domicilio. Ni que decir tiene que en la actualidad todo lo expuesto es agua pasada que no mueve molino.

El examen de la “conciencia” en el ejercicio profesional nos conduce al examen de la función “desde dentro”, a precisar, en definitiva, cuáles son sus deberes generales. Deberes que —en opinión de GONZÁLEZ PALOMINO— son tres, como las hijas de Elena, a saber: señorío, independencia y lealtad.

a) Deber de señorío. El cliente es cliente en sentido clásico: el que requiere de nosotros la prestación de funciones notariales o de justicia. Es una persona que se pone bajo la protección del notario y busca su consejo o sus servicios. Esto significa que el notario, si bien depende del cliente en cuanto a la oportunidad de su trabajo, no depende del cliente

en ningún otro sentido, sino que, inversamente, es el cliente el que depende del notario. Es absolutamente necesario que todo notario sepa esto, que lo tenga bien aprendido. Y que todo cliente aprenda, si no lo sabe o hace como que lo olvida, que no se es notario del cliente, sino requerido por él. No se es notario de nadie, sino público. La expresión habitual de que yo sólo trabajo con mi notario no es admisible, está fuera de lugar.

Señor es quien no depende de otro y depende de otro quien está o se pone bajo su dependencia, como sucede con el limosnador de asuntos, pordiosero de trabajo, despojador de empleados ajenos, pescador con ganchos, buscón de parroquianos, ofrecedor de comisiones y protagonista de la "picaresca" profesional. Todo ello no es sólo falta de señorío, sino renuncia al respeto ajeno, porque no es digno de respeto quien renuncia a ser respetable. ¿Cómo podrá, ni con qué autoridad, hacer reflexionar sobre la licitud o moralidad del asunto, discutir cláusulas dudosas o ilegales, exigir que se complete la titulación, que se retenga el importe de cargas o que se perfeccionen los pactos? Y es que una de las dos cosas que no saben los protagonistas de la picaresca profesional es que no hay medio más seguro para retener al cliente que mostrar un absoluto desinterés por el asunto, y otra, que a base de comisiones y corretajes necesitan trabajar el doble para lograr el mismo resultado. Sólo frente al cliente que acude a nosotros porque quiere tenemos la independencia deseable. En definitiva, del cliente vivimos, porque es quien nos proporciona el trabajo que nos da el sustento, pero nuestro interés por el trabajo debe ser un interés desinteresado, un interés imparcial.

b) Deber de independencia. El notario como notario y como jurista es independiente en su función, debe proceder con arreglo a sus criterios y valoraciones de lo que, según el Derecho positivo, es lícito y de lo que, según la moral, es posible.

En el Notariado no hay jefes, pero sí hay jerarquías de las que depende el notario como funcionario público, en cuanto a su actuación y en mayor parte en orden a su conducta. Y no se nos diga —en frase de Groucho Marx— que la jerarquía es como un estante; a más altura, menos sirven. Las Juntas Directivas y la Dirección General pueden imponer correcciones disciplinarias y el Centro Directivo, en vía de recurso, puede hacer prevalecer su valoración de fines y de medios sobre la hecha por el notario, e incluso forzarle a la autorización de una escritura que él ha estimado no autorizable (art. 145, *in fine*, RN).

Este deber de independencia se conecta indefectiblemente con el de señorío, por cuanto el interés desinteresado, del que hemos hablado, requiere que el notario sea del todo ajeno al fondo del asunto; que su interés esté desvinculado del de las partes, para que pueda ver el asunto como ajeno y no como propio. Por eso conviene destacar las diferencias

entre la actuación del notario y otras que nada tienen que ver con ella, ni en dignidad ni en garantía, pero que suelen desenvolverse por los alrededores de las notarías. Nos estamos refiriendo a la de los infinitos correveidiles que ejercen sus artes en medios rurales o urbanos –quién no se acuerda de los famosos zurupetos de que nos informaba el inefable PANIAGUA en sus clásicas hojas informativas imprescindibles en mi época para concursar–. Son infinitos y de todas castas y ramas, pues parece que vivimos en el paraíso de los intermediarios.

Ante un caso “intervenido”/“intermediado” el notario encuentra su trabajo muy facilitado, porque ya no tiene otra cosa que hacer sino... prescindir de todo lo anterior o intermedio y tomar las cosas desde su principio, como si no hubiera pasado nada. Total, poco: pedir y estudiar la titulación, interrogar a las partes para averiguar lo que realmente quieren y han convenido, identificar bajo su responsabilidad a los otorgantes, resolver los problemas de capacidad y representación, comprobar el Registro para averiguar las cargas, fijar los pactos accesorios y principales, etc. Total, nada; hacer su trabajo, que es lo que debe hacer en todos los casos, con intermediario o sin él, y bajo su responsabilidad, porque... échele usted un galgo al intermediario que no tiene ninguna, ni legal, ni, muchas veces, de la otra.

No hay mejor remuneración que una conciencia tranquila, lo cual no es igual que una conciencia acomodada. La tranquilidad de conciencia va a la par con la exigencia y con una rectitud en el obrar que no conoce otro compromiso que el ser fiel consigo mismo. Es falsa por eso la distinción entre conciencia laxa o estricta. La conciencia es una: recta.

Conciencia, honestidad, probidad, moralidad del notario han sido exigidas en todo tiempo y bajo las diferentes culturas para poder ejercer esta profesión. Precisamente porque, como señala ÁLVAREZ ROBLES, los aspectos tan íntimamente individuales del fedatario hacen que en la mayoría de las ocasiones no exista un control jerárquico y externo a su actuar, y sólo la calidad moral de la propia conciencia será el freno de su actuar o el acicate para su intervención.

c) Deber de lealtad. “La base de toda justicia –dijo CICERÓN– es la lealtad y entendemos con esta palabra una inviolable sinceridad y constancia en las palabras, en las promesas, en los contratos y compromisos”.

La importancia de este deber lo convierte en virtud independientemente; así, pues, pasamos a hablar de

C) *Lealtad*. El deber de secreto. “Lealtança es una bondad que está bien en todo ome e señaladamente en los Escrivanos... Ca en ellos se fían también los señores como toda la gente del pueblo, de todos los fechos, e los pleytos, e las posturas que han de facer o a decir en juicio o fuera

del". Con estas palabras inician las Leyes de Partidas el proemio del título 19 de la Partida Tercera, en que se trata "De los escriuanos, e quantas maneras son dellos, e que pro nasce de su oficio quando lo fiziren lealmente". La lealtança no se nos presenta como un deber de función, sino como una calidad personal del notario: "ome de poridat". La doctrina alfonsina es simple: a) La poridat y la lealtad –como acabamos de decir– no son deberes de función propiamente, sino reglas de deontología profesional y calidades personales del notario; b) la lealtança y la poridat se excusan en dos casos: 1.º Cuando fueran liberados por el interesado de su deber de guardar secreto (que no les fuere mandado "escriuir en poridat"); y 2.º Cuando lo conocido por el notario fuera constitutivo de delito (que lo escrito en poridat fuera "a daño del Rey o del Reyno").

Esta lealtad, en el ámbito notarial, se manifiesta frente a la profesión a través de un ejercicio ordenado siempre conforme a Derecho, y frente al cliente guardando secreto de todo aquello que conoce por razón de su oficio.

La problemática del secreto profesional en el notario afecta a dos cuestiones: la legal o reglamentaria y la moral.

En nuestro Derecho positivo vigente no aparece formulado el deber de secreto profesional del notario, sino sólo el secreto del protocolo y de los documentos confiados al notario (art. 32 de la Ley del Notariado y 274 RN) y la condena del Código Penal (art. 417) al funcionario público que revelare secretos o informaciones de las que tenga conocimiento por razón de su oficio.

Lo siguiente es preguntarnos: ¿se requiere una formulación normativa de la obligación de secreto profesional? Nos unimos al gran sector doctrinal que responde negativamente: el secreto profesional en la actuación notarial (tanto como notario como jurista) es más que un deber, es una forma de ser. Para el interesado se trata de un secreto, para el profesional se trata de una actuación corriente.

No requiere, por tanto, el secreto profesional formulación normativa. Es, repetimos, una forma de ser de la profesión. El grave problema es el de sus límites, materia que excede del tema que hoy nos ocupa. Digamos, simplemente, que tenemos que separar la zona de lo penal de la zona de lo civil y en ésta distinguir entre las cosas conocidas por el notario en el ejercicio normal de su profesión y las conocidas por él con ruego de secreto riguroso. Destacó GONZÁLEZ PALOMINO que sólo hay un caso en que existe el deber de no guardar secreto; pero no es el deber de quebrantar el secreto de los hechos confiados al notario, sino el secreto de... ser notario, en evitación de las actas por sorpresa (cfr. arts. 198 y 202 RN).

Tema de gran interés y conexo con el secreto profesional es toda la legislación en materia de prevención del blanqueo de capitales –que se

inició con la Ley 19/1993, de 28 de diciembre—, tema en el que tampoco vamos a entrar.

La segunda cuestión en este ámbito del secreto profesional, antes aludida, es la moral. Para apreciarla quizá sea preciso distinguir previamente entre el secreto que el notario conoce por razón de su cargo y aquellos otros que conoce con el ejercicio de su labor de asesoramiento y consejo, muchos de los cuales nunca llegarán a plasmarse probablemente en un instrumento público y, por tanto, no llegarán a ingresar en el protocolo. Constituyen éstos sin duda la mayor parte de las confidencias que los testadores revelan al notario y, en relación con los demás documentos, cuantos datos suministren al notario para la redacción del instrumento.

Cuestión distinta es si la obligación de guardar secreto se extiende al contenido de los contratos, poderes, etc., que por su inscripción en un Registro se encuentran expuestos al conocimiento público. Realmente ninguna obligación tiene el notario de darlo a conocer, salvo que se le pidiese y en tal caso es fácil el consejo de que acuda al Registro correspondiente.

Problema diferente, desde el punto de vista moral, es el de si el notario que conoce por el otorgamiento diversos hechos y o gravámenes afectantes a bienes determinados está obligado a revelarlos a otorgantes posteriores. Para SANAHUJA, “el Notario, funcionario público que debe guardar entre los contratantes la mayor imparcialidad, no puede favorecer al uno en perjuicio del otro, haciéndose cómplice del engaño ¡Buena moral sería ésta! Reconocemos que si el vendedor confiesa al Notario, en secreto, que anteriormente había engañado a otra persona, siendo este engaño ya un hecho consumado, el Notario no podría revelarlo, y debería respetar el secreto como una especie de sigilo sacramental; pero cuando le confía un engaño en proyecto y solicita del Notario para que con su silencio pueda llevarlo a cabo, este caso no está comprendido en el sigilo notarial, pues facilitaría la realización del engaño y convertiría al Notario en ocultador y cómplice del mismo”.

En resumen: el secreto tiene para nosotros, los notarios, según ÁLVAREZ ROBLES, el carácter de principio de orden público *in specie*.

D) Imparcialidad. La imparcialidad supone para el notario la obligación de atender por igual a los intereses en juego de las distintas partes. Para CUEVAS CASTAÑO constituye una de las virtudes cardinales del notario, “algo que socialmente se nos atribuye y ello debe bastar para que nos sea exigible sin necesidad de que esté consagrada (¡que lo está!) en precepto alguno. La no discriminación de las partes por ningún tipo de cualidades en su labor cautelar y de asesoramiento y la firmeza de su juicio, una vez meditada su decisión en relación con el otorgamiento, no debe

verse afectada por las presiones que reciba de las partes, sobre todo si una de ellas es cliente habitual y, además «buen cliente». No olvidemos que, en palabras de José María SEGURA, “el Notario no tiene clientes. Su cliente es el mismo problema que se le plantea y esa misma imparcialidad lleva implícita, precisamente para equilibrar las fuerzas en presencia del Notario, el que éste tienda a una especial protección de la parte débil, no para ponernos de su parte, sino para que dé una igualdad de oportunidades”. Al final la imparcialidad se reducirá a solventar la duda sobre si autorizar o no un documento, pero previamente la imparcialidad exigirá del notario una explicación clara a las partes contratantes sobre la extensión de determinadas cargas, los efectos y obligaciones derivados de alguna cláusula y las claras y perjudiciales consecuencias que derivarán del incumplimiento de condiciones de diversa naturaleza, sin mengua todo ello de que todos, por supuesto, estén investidos del principio de legalidad, pues para el caso de que no fuera así, el artículo 145 RN obliga al notario a abstenerse de autorizar el documento y nos referimos a su redacción originaria de 1944, anterior a la dada por el RD 45/2007, de 19 de enero, y que la conocida S. de 20 de mayo de 2008 anuló por esos dimes y diretes del control de legalidad –cuestión en la que tampoco entramos, limitándonos a afirmar que sin control de legalidad no podemos concebir el Notariado, salvo, claro está, el de los países del *common law*.

E) Veracidad. La verdad, nos recuerda el Diccionario de Autoridades, “es la total correspondencia y conformidad de lo que se dice o expresa con lo que interiormente se juzga o con lo que en sí son las cosas”. La verdad es de tal importancia para nuestra profesión que se ha llegado a definir el Notariado como “oficio instituido por las leyes para llenar la necesidad social de conservar siempre invariable la verdad de las mismas leyes con todas las consecuencias” (XIMENA Y SALOMÓN). Al ser una la verdad no cabe hacer distingos sobre su modo de formularse en el instrumento, sino que éste es de por sí y esencialmente prueba de la verdad de unos hechos. Lo cual significa que el notario no sólo debe decir a las partes la verdad sobre los actos que proyectan realizar y sus consecuencias, sino que, además, debe recoger en el documento la verdad de lo que los otorgantes quieren y de lo que ante nosotros suceda. Supondrá ello, por tanto, que el notario ha de negarse con toda firmeza y a veces con toda paciencia a recoger en el instrumento público no sólo cualquier tipo de falsedad o cualquier manifestación que, sin ser falsa, pueda afectar al honor, intimidad o fama de terceras personas sin su consentimiento expreso o tácito, sino, además, y en materia de actas negarse a recoger cualquier cosa distinta de la que no hayan percibido sus sentidos, pues en

materia de actas la veracidad alcanza, además, a su propia esencia y a su valor reglamentario.

La verdad no sólo tiene que ver con la narración de los hechos, sino también con la correspondencia entre la voluntad, el fin que se pretende y el medio que nosotros recomendamos o sugerimos para lograrlo. Por ello, dice ÁLVAREZ ROBLES, junto a la falsedad y la mentira, le están vedadas al notario todas las figuras ilícitas que anidan en sus aledaños, siendo indudable, por ejemplo, que la verdad a medias no es verdad. Sin verdad el contenido de nuestra función pierde radicalmente su razón de ser. De ahí que, como señaló acertadamente Julián DÁVILA, el lema notarial debería ser: “Nada antes que la verdad”, “*nihil prius veritas*”, porque la fe tiene en ella su base y apoyo. Quien falta a la verdad, en el fondo, ya está incurriendo en una forma de injusticia, es decir, en algo contrario a la ley y a la moral, pues afecta profundamente a la integridad de la profesión, desprestigiándola y dañando con ello el compañerismo y la colegialidad.

F) Solidaridad. Esta palabra, hoy tan de moda –normalmente mal llamada y mal traída–, no puede dejar de tener un lugar destacado en la vida notarial. Soy de los que prefiere, no obstante, el término compañerismo; “vínculo que existe entre compañeros”, dice la Real Academia y en su segunda acepción “armonía y buena correspondencia entre ellos”. La verdad es algo mucho más frío. Para la mentada Real Academia, “modo de derecho u obligación *in solidum*” y en su primera acepción “adhesión circunstancial a la causa o empresa de otro”. Aquí la empresa es nuestra, de todos, y nuestra adhesión estuvo vinculada de por vida al extenderse más allá del propio ejercicio profesional con la ayuda desinteresada al compañero jubilado o a los herederos del fallecido por medio de la absorbida Mutualidad. Hoy... con la Seguridad Social..., pelillos a la mar; si te he visto, no me acuerdo.

El clima general de la relación interpersonal entre los notarios españoles, afirmaba MOLLEDA hace algunos años –más de veinticinco–, no pasa casi nunca de lo que podríamos llamar, conforme a la semántica internacional en uso, de “la coexistencia pacífica”. “Se tiene conciencia de la existencia del compañero, se le respeta y se le sustituye graciosamente cuando es necesario, tal vez se le ayude en un concreto problema notarial que consulta, o se reúnan todos los compañeros del Distrito en una comida periódica... pero poco o nada más”. Lamentablemente son cada vez más frecuentes los casos en que los notarios de una misma localidad “estén a partir un piñón..., pero cada uno en la cabeza de los demás”.

La solidaridad notarial –el compañerismo– tiene múltiples formas de ser vivida o, al contrario, despreciada:

1. *La libre elección de notario.* El notario debe proclamar y enseñar este principio en el momento en que la ocasión se preste a ello y hacerlo saber de inmediato a las partes si apareciesen, en cualquier momento de la preparación o incluso del otorgamiento, dudas sobre ello.

Del todo reprochable la cláusula que se incorporaba a los documentos privados designando para su elevación a público a algún notario determinado y más si quien elaboró dicho documento ha sido el propio notario o sus empleados. Y hablamos en pasado a la vista de la normativa aplicable para la defensa de los consumidores y usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio) y sobre condiciones personales de la contratación (Ley 17/1988, de 13 de abril).

2. *La desestimación a favor de otro compañero.* Conocedor un notario al que se solicita su intervención en un documento, de que el mismo y con anterioridad a él, está ya en conocimiento y tramitación por otro notario, debe deponer ésta dicha intervención, salvo que causas de urgencia o de gravedad permitan o aconsejen su otorgamiento.

3. *El respeto a la competencia territorial.* No nos referimos a la forma tosca y suicida de autorizar en el Distrito o Zona de otro notario, sino a la sutil y ratonera de captación de documentos de otros lugares donde a un notario nada se le ha perdido, como no sea la vergüenza. Captación que admite las más diversas modalidades que el mal ingenio es capaz de inventar y en las que no conviene detenerse... por si alguien encuentra inspiración, dicho sea con todos los respetos a los asistentes.

¿Cuándo hay atracción ilícita de clientela? Una antigua Circular del Colegio de Granada de 20 de julio de 1956 nos pone al día sobre algunos supuestos que están plenamente vigentes:

- a) Cuando en el protocolo aparecen tales o cuales documentos otorgados por personas que no tienen su residencia habitual y permanente en el territorio de la jurisdicción del notario autorizante.
- b) El otorgamiento de documentos con personas residentes fuera del distrito que no constituyen "clientela natural" del notario. Nada se opone, lógicamente, a que esos clientes vayan a ese notario por su competencia, honradez, celeridad y conocimientos, pero sí será reprochable que acudan como consecuencia de una relación obtenida a través de su estancia antirreglamentaria en la localidad de fuera de su jurisdicción.
- c) Cuando falta la aprobación o conocimiento del notario afectado e incluso constan la reprobación y protesta del o de los afectados.
- d) La existencia de parentesco o de amistad con personas influyen-

tes de otros distritos que puedan determinar la atracción o desvío de clientela, y

- e) La presencia continuada del notario autorizante en pueblos y zonas colindantes para fomentar amistades y así obtener documentos.

4. *El turno de reparto.* El turno (arts. 3 y 126 y ss. RN) es un tema delicado, polémico en ocasiones y cuyos problemas se suceden con frecuencia. Opinaba DELGADO DE MIGUEL que, siguiendo los dos criterios que se exponen a continuación, muchos de esos problemas no se darían: 1.º) Que en materia de turno se está trabajando con dinero ajeno, o lo que es lo mismo, que quien le quita a otro una escritura de turno está incurriendo en apropiación indebida. Y cuando estamos ante un hecho de tal naturaleza y gravedad lo correcto es, ante la duda, abstenerse. 2.º) Que si bien el despacho del documento debe ser realizado por la Junta Directiva (encargado del turno), en realidad la actuación de ésta y, por tanto, la aprobación del modo de la distribución y el reparto debe hacerse por todos los notarios de la localidad. Está claro que esta cuestión plantea y planteará problemas que afectan hondamente a la institución misma, pero pocos instrumentos son tan eficaces dentro de nuestra profesión para demostrar que el principio de solidaridad notarial no se mueve en el mundo etéreo de las intenciones, sino en el palpable del documento. Razones de ser del turno: para Julián DÁVILA, tres: ante la Administración, Juzgados y Tribunales, debe tener cualquier notario igual consideración; las empresas, entidades o sociedades subordinadas y participadas por el Estado deben seguir el mismo régimen en cuanto que participan de la soberanía estatal con unos privilegios o beneficios que no se conceden a los particulares; y que deben someterse al reparto por su naturaleza especial algunos documentos para mantener el prestigio de la función.

Los supuestos de incumplimiento de las normas de turno son múltiples y variados, si bien suelen darse algunos denominadores comunes, a saber:

- Laxitud de algunos notarios formalizando a “la chita callando” documentos sujetos a turno sin pasar por el trámite del reparto.
- La adscripción de organismos oficiales a determinados notarios sin pasar por la preceptiva aprobación de la Junta Directiva (supuesto hoy discutible por haber desaparecido del art. 134 RN).
- Y falta de comunicación a la Junta, por malicia o por dejadez, de escrituras de turno comunicado, lo cual dificulta ulteriores compensaciones.

La exclusión del turno de la Banca Oficial y de las Cajas de Ahorro —que se produjo en 1988 como consecuencia de la disp. adic. 10 de la Ley

de Presupuestos Generales del Estado para dicho año (Ley 33/1987, de 23 de diciembre)– supuso una restricción tan severa que ya no puede afirmarse que la persistencia del reparto conserva su finalidad originaria de permitir el adecuado sustento del notario.

Tampoco los mecanismos compensatorios están bien vistos desde la perspectiva del Derecho de la Competencia. Su razón de ser, que es la solidaridad a la que nos hemos referido, es un valor en regresión dentro de la moderna concepción de la función notarial como objeto de un mercado de servicios. La idea de que la función notarial es una mercancía sujeta a las reglas del mercado es una moda economista influida por la corriente del neoliberalismo económico... cuyos resultados están a la vista.

El turno y los mecanismos compensatorios están en fase terminal. Nos remitimos a las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia 335/1988 y 544/2002.

5. *El compañerismo en relación con los Órganos Corporativos.* No podemos reducir el compañerismo a una mera relación personal entre notarios, sino que por razón del mismo fin al que todos estamos llamados –el fin corporativo– debemos procurar, todos y cada uno, nuestro esfuerzo, colaboración y tiempo en cuantas actividades y labores puedan afectar al logro de ese fin. Un buen ejemplo de esa solidaridad notarial lo representa la participación en los Órganos Corporativos del Notariado, tanto como mandante –es decir, miembro de las Juntas Directivas y Órganos adyacentes, por ejemplo, Comisión de Aranceles, Económica, de Cultura, etc.–, como mandado, es decir, notario de a pie. Lamentablemente no deja de ser frecuente la idea que tienen muchos notarios de que los Órganos Corporativos y el ejercicio de las funciones o encargos que éstos asignan es algo de unos pocos privilegiados, cuando no interesados, “que algo buscarán cuando están ahí”. Olvidan, quizá, que el cargo no es remuneratorio, que el tiempo y el descanso es oro para todos y que siempre existirán notables diferencias entre pasarse media tarde asistiendo a un concierto o viendo a Rafael Nadal en un partido por la tele, que estar reunido con la Casa-Colegio resolviendo cuestiones que nos afectan a todos.

Falta en general la idea y la voluntad de servicio a la Corporación y sobra, por el contrario, un gran egoísmo. Es lo cierto, efectivamente, que suelen ser siempre los mismos, los que no asisten a los actos colegiales, salvo que se hable de Demarcación o Aranceles; ni tampoco lo hacen a los actos culturales, ni a Congresos ni Simposios, porque nada se aprende y nada se hace. Olvidan, sin duda, que el Notariado somos todos y que, como en una ocasión recordó José María DE PRADA, el edificio notarial, si cae, cae sobre todos.

G) Prudencia. No es una virtud fácil de adquirir ni de ejercitar, pero me niego a considerarla patrimonio de la senectud. Estando tan próximos los notarios a la función del “prudente romano”, no puede dejar de apoyarse en la prudencia como uno de sus pilares fundamentales. Será ella la que nos hará discernir en cada momento no sólo sobre la conveniencia o no de autorizar determinado instrumento, sino también proponer los medios idóneos para los fines que los otorgantes se proponen conseguir.

Ni timorato, ni temerario, dijo MOLLEDA. Lo cual no supone ser “generoso” en la apreciación de la capacidad de algunos testadores, sino ser “pesados” en hacer cuantas preguntas sean necesarias hasta que nuestro convencimiento moral sobre dicha capacidad sea total. Tampoco supone esconderse tras el escudo de la Ley para negarse a autorizar determinados requerimientos o no admitir como suficientes determinados poderes. Lo cómodo y casi siempre lo seguro será el no autorizar y de ello no nos arrepentiremos nunca. Pero a veces hay que complicarse la vida si queremos de verdad ser justos y buenos notarios.

Y H) Justicia. Sin duda el primer deber del notario es el de atenerse a un equitativo y humano concepto de la justicia. La Moral y la Justicia nos obligan a entrar en la sustancia del acto del negocio jurídico y por ende estar atentos para rechazar y detectar las cláusulas leoninas, los préstamos hipotecarios con intereses encubiertos, las cláusulas penales draconianas, las rentas vitalicias sin garantía... El agudizado sentido de la justicia habrá de regir nuestro arte. Sólo salvándose la moral y la justicia se sigue, no el mejor, sino el único camino que conduce a salvarlo todo y dentro de ése toda la sociedad y el Estado y con ellos esos principios que integran lo que llamamos y definimos como orden público.

Este *suum cuique dare* exige por parte del notario un ejercicio distinto de la justicia según la persona sobre la que recae:

1.º) *Con la Corporación Notarial.* Vivir la justicia con la Corporación es, ni más ni menos, que devolver a la misma todo lo que ella nos ha dado. El Notariado, con su tradición de siglos y el buen sentido profesional de la mayoría de los que nos precedieron, se ejemplifica en la Corporación Notarial y es claro que la posición, imagen, seguridad e incluso felicidad humana que su ejercicio nos proporciona es muy superior a lo que nosotros podemos devolver. Hay que saber corresponder “en justicia” a la profesión, poniendo nuestra ciencia, capacidad y tiempo a disposición de lo que demande en cada momento la Superioridad, sea una Junta Directiva o una Junta de Decanos e incluso –y no va por mí– una Comisión de Cultura. Formar parte de esos órganos corporativos (siempre cargas y

no cargos), arrimar el hombro en las Comisiones que se organicen, participar en las reuniones de notarios, escribir, asistir a las conferencias, incluso a las comidas de Distrito, forman parte de lo que podríamos denominar obligaciones naturales del notario, exigibles, no por razones de solidaridad, sino de justicia.

2.º) *Con los compañeros.* Abarca un doble ámbito: moral y material. Moral, bajo este aspecto el primer deber del notario respecto de sus compañeros es “no hablar mal de él”, ni siquiera entre nosotros. Un deber elemental de lealtad humana debe llevarnos a que, cuando observemos algo que no es “ejemplar” en otro compañero, lo comentemos antes que nada con él. Lo demás es murmuración, calumnia o chismorreos de botica. El segundo aspecto, el material, nos lleva a saber respetar el recto criterio de la sana competencia; de la competencia en competencia, escribía GONZÁLEZ PALOMINO. La libertad del público, cuando es libertad, es el mejor estímulo para la perfección y superación del trabajo de cada uno de nosotros. Más cuando esa libertad se elimina o disminuye por el empleo de medios incorrectos (competencia ilícita en cualquiera de sus numerosas y variadas manifestaciones), la posición y actividad del notario se rebaja al plano de una competencia... mercantil. No rehúyas el trato, la amistad, el consejo o la consulta con el compañero, ni temas elogiarlo por miedo de que el cliente te abandone y acuda a él. El cliente discreto estimará siempre tu señorío, tu lealtad y tu entereza y te seguirá fiel. Si te abandona, considera que más pierde él y que no valía la pena retenerle.

Y termino con unas palabras que, como todo lo que he expuesto, ya han sido dichas por otros antes que yo. En la medida en que hagamos “nuestra” la profesión, en que nos entreguemos de lleno a ella como respuesta a una vocación profesional, en esa medida veremos que ella nos da más a nosotros. Pocas profesiones como la notarial ofrecen al hombre de hoy la ocasión de vivir, en el día a día, los ideales de justicia, autenticidad, lealtad y entrega a los demás, que todo ser humano ha vislumbreado, con mayor o menor claridad, como metas de su vida. El secreto para lograrlo consiste simplemente en hacerlo bien.

Y no nos olvidemos de agradecer a la llama su luz, pero sin olvidar el pie del candil que, constante y paciente, la sostiene en la sombra. Son palabras de Rabindranath TAGORE.

Muchas gracias.

UNA APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SOCIEDAD CIVIL SIN PERSONALIDAD: LA GRAN INCÓGNITA

ANTONIO JOSÉ QUESADA SÁNCHEZ

Profesor Ayudante Doctor.

Universidad de Málaga

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES CIVILES SIN PERSONALIDAD: LA CONTROVERSIA. **III.** BIBLIOGRAFÍA ESENCIAL.

I. Introducción

Resulta difícil de creer, en abstracto, pero no puede negarse que, todavía en el momento presente, el contrato de sociedad civil sigue siendo en nuestro Derecho origen de grandes problemas no resueltos de modo definitivo. Podemos enumerar los fundamentales, para ir haciéndonos el cuerpo a ellos: de entrada, incluso el propio modo de personificación de las

sociedades civiles, pues no ha quedado claro en el CC. Tampoco hemos asumido totalmente el porqué de la apresurada personificación de la sociedad civil en el CC, que será realmente causa de la anterior duda. Y el gran problema será, en último término, el régimen jurídico de las sociedades civiles no personificadas, en toda su extensión. A ello se añade, por ejemplo, la cuestión de la personificación de las sociedades civiles profesionales, regulada en 2007 y diferenciada de la personificación del resto de sociedades civiles, como elemento que perturba de alguna manera la cuestión.

Cabe imaginar que algunas de estas dudas tampoco son realmente novedosas, sino que algunas de estas dificultades ya fueron expuestas hace bastante tiempo por los estudiosos del tema. Así, por ejemplo, AZURZA Y OSCOZ, ya en 1952, advertía de la falta de atención científica que se estaba produciendo respecto de los problemas del contrato de sociedad civil, y sugería que “el tema de la sociedad civil entraña en Derecho español un interés práctico superior al que en general se le viene atribuyendo” (1). Veinte años después GARRIDO DE PALMA destacaba que la sociedad civil “lleva una vida legal tranquila, pacífica, sin merecer la atención, ni siquiera el recuerdo, por nadie” (2). GARCÍA MÁS, que ha dedicado al tema bastantes trabajos, se mostraba incisivo y destacaba que “uno de los temas más oscuros en nuestra vigente legislación es el tratamiento de la sociedad civil” (3), así como que “la figura de la sociedad civil ha sido tratada como un fósil histórico arrinconado en el Código Civil sin ningún tipo de encaje” (4). En un trabajo posterior llegará a concluir que la sociedad civil es una figura que, con el devenir de los tiempos, quedó desfasada y quizá falta de eficacia práctica (5).

Todo interesado en el estudio de la sociedad civil en España se encontrará con una atención relativamente escasa y con una regulación legal que no es la mejor adaptada a los tiempos actuales (6). Y si a algunos de los problemas que tratamos se han ofrecido mejores o peores soluciones,

(1) AZURZA Y OSCOZ, P. J.: “Problemas de la sociedad civil”, ADC, 1952, p. 125.

(2) GARRIDO DE PALMA, V. M.: “Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil”, RDP, 1972, p. 759.

(3) GARCÍA MÁS, F. J.: “La sociedad civil y su conexión registral (Conferencia en Centro de Estudios Hipotecarios de Granada)”, RCDI, número 599, julio-agosto 1990, p. 155.

(4) GARCÍA MÁS, F. J.: “La Sociedad Civil: una crisis provocada. Comentario a la Resolución de 31 de marzo de 1997 de la DGRN”, RCDI, número 647, julio-agosto 1998, p. 1165.

(5) GARCÍA MÁS, F. J.: “La Sociedad Civil en el marco de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil en virtud del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre”, RCDI, número 657, 2000, p. 1068.

(6) Comentario generalizable a las sociedades personalistas (DE EIZAGUIRRE, J. M.: “La subjetivación de las sociedades de personas”, *Revista de Derecho de Sociedades*, volumen 14, 2000-2, pp. 85-107.

no cabe duda de que existe un apartado en el que la doctrina no se ha adentrado más que tímidamente, que es el del régimen jurídico de las sociedades civiles sin personalidad jurídica. En él pretendemos adentrarnos con el presente trabajo, pero antes es conveniente ubicar adecuadamente la cuestión.

El contrato de sociedad civil es configurado legalmente en el artículo 1665 CC (7), que señala que “La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias”. Se puede deducir de este precepto que la sociedad civil es aquel contrato por medio del cual varias personas colaboran patrimonialmente para conseguir un fin lucrativo, común y partible, mediante el desempeño duradero de una actividad lícita de índole no mercantil. La definición es clarificadora y amplia (8), lo que provoca que si se interpreta adecuadamente pueda ser muy interesante de cara a determinar qué es una sociedad civil personificada y qué es una sociedad civil no personificada. Debe considerarse como sociedad personificada aquella en la que las personas que realizan la citada puesta en común desarrollan una actividad lucrativa operando como ente jurídico en el mercado, mientras que la sociedad no personificada debe ser, *a sensu contrario*, aquella sociedad en la que las personas que realizan la puesta en común desarrollan una actividad lucrativa sin operar como ente jurídico en el mercado. Esta idea será básica en su momento, para definir las diferentes clases de sociedades, pero todas deben tener en común esta base conceptual establecida por el artículo 1665 CC.

Respecto de los aspectos más destacados de la **configuración legal de la sociedad civil**, podemos apuntar la existencia de diversos caracteres (9). En primer lugar, la sociedad es calificada expresamente como contrato en el artículo 1665 (y ubicada entre los contratos). Estamos ante un contrato especial: plurilateral (estructuralmente susceptible de ser celebrado por más de dos partes contractuales) y asociativo (la existencia de un interés común entre las partes no elimina los intereses propios y divergentes de cada una de ellas: coexisten ambos tipos de intereses). Esto no empaña su naturaleza contractual, pero debemos tener claro que nos movemos con un contrato bastante especial en su estructura y configuración.

(7) La sociedad civil está regulada en el título VIII (“De la sociedad”) del libro IV (“De las obligaciones y contratos”) del CC. En concreto, en los artículos 1665 a 1708.

(8) Ya PAZ-ARES hablaba de ese “concepto de sociedad relativamente amplio” que conllevaba también una importante función residual del mismo (PAZ-ARES, C.: capítulo 19: “La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad”, en URÍA-MENÉNDEZ: *Curso de Derecho Mercantil*, I, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 438).

(9) Con detalle, QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: *La sociedad civil sin personalidad en el Derecho español. Concepto y régimen jurídico*, Ed. Comares, Granada, 2007, pp. 9-25.

En segundo lugar, la sociedad es un contrato por medio del cual dos o más personas pondrán en común dinero, bienes o industria. Pese a que no sea imprescindible, en casi todas las sociedades suele existir un patrimonio común para desarrollar el ejercicio de la actividad social de que se trate, debido a la tranquilidad que ello proporciona para el adecuado ejercicio de la misma. Por último, las partes contractuales tienen ánimo de partir entre sí las ganancias obtenidas: la finalidad lucrativa es imprescindible para que exista una sociedad.

A ello debe añadirse que en dicha actividad no se pretenderá actuar en el ámbito mercantil, sino en el estrictamente civil, cuestión problemática y que genera importantes dudas de deslinde (10). Por plantear la duda con una sentencia no muy antigua, véase lo que sucede en la SAP de Huesca (sec. 1.^a) 26-10-2005, en cuyo sorprendente Fundamento de Derecho Primero podemos leer lo siguiente:

“PRIMERO. 1. En respuesta a la alegación previa formalizada por la demandada en su escrito de oposición al recurso, hemos de indicar que, ciertamente, el artículo 9 LEC dispone que la falta de capacidad para ser parte (personalidad jurídica o procesal) y de capacidad procesal (capacidad para comparecer en juicio) podrá ser apreciada de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso. Y, examinado el sustrato que subyace en la sociedad civil demandante y ahora apelante, Lalu, SC, vemos que se trata, en realidad, de una *sociedad mercantil*, pues tiene como objeto la explotación de un negocio de intermediarios de comercio, conforme a la estipulación tercera del contrato privado suscrito entre los cónyuges C. y L., es decir, actos típicamente mercantiles o de comercio. Así pues, la sociedad debería haberse sujetado a las formalidades mercantiles –en virtud de lo reglado en los arts. 2 y 50 CC–, mediante el otorgamiento de su contrato constitutivo en escritura pública para su inscripción en el registro mercantil, en los términos fijados en el artículo 119 del mismo Código. En suma, Lalu, SC, en su condición de *sociedad mercantil irregular*, carece de personalidad jurídica o de capacidad para ser parte, lo que nada tiene que ver con la legitimación *ad causam* y no impide necesariamente que pueda ser reconocida la capacidad procesal o para comparecer en juicio, como vamos a ver.

(10) Sobre el tema, con profundidad, PAZ-ARES, C.: capítulo 21: “La sociedad mercantil: mercantilidad e irregularidad de las sociedades”, en URÍA-MENÉNDEZ: *Curso de Derecho Mercantil*, I, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 492-505. Sobre la diferencia entre la sociedad civil, incluso sin personalidad jurídica, y la cuenta en participación, *vid.* SAP de Ciudad Real (sec. 2.^a) 4-5-2007.

2. El artículo 6 LEC reconoce capacidad procesal o capacidad para comparecer en juicio a algunas entidades sin personalidad jurídica o capacidad de obrar, y entre ellas se encuentran, a tenor de lo dispuesto en su apartado 2, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado –como las sociedades irregulares–, cuya comparecencia en juicio se hará a través de las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros, según el artículo 7.7 LEC. Aunque el artículo 6.2 objeto de comentario habla únicamente de capacidad procesal cuando tales entidades sean demandadas, al mismo tiempo utiliza la expresión «en todo caso», cuyo significado no puede ser otro que las entidades allí mencionadas tienen siempre, sin excepción, capacidad para comparecer en juicio en el lado pasivo del litigio –con el evidente fin de proteger a terceros–, pero no excluye su capacidad procesal en el ámbito activo del pleito, como demandantes, la cual puede ser admisible al menos en determinados supuestos concretos –no con carácter general como ocurre cuando las entidades sin personalidad son demandadas–, dependiendo de las circunstancias; y esta solución se corresponde, además, con el relativismo con que la LEC trata la capacidad procesal en su artículo 6.1, al permitir ser parte, por ejemplo, al nasciturus o a las masas patrimoniales.

3. En el caso de autos, entendemos que concurren esas circunstancias especiales que nos deben llevar a reconocer capacidad procesal a Lalu, SC, en este concreto juicio, cuales son su constitución formal como sociedad civil en contrato privado; su actuación como tal en el tráfico jurídico (incluida la Hacienda pública); su reconocimiento extraprocesal por parte de la hoy demandada, en los términos indicados en la sentencia apelada, y su actuación como actora durante toda la primera instancia; y, en fin, que sus dos únicos socios otorgaron el poder para pleitos acompañado a la demanda como representantes de Lalu, SC, y en nombre propio y, aunque no tienen el carácter de actores ni de apelantes, encabezan la demanda y el escrito de recurso, de forma que la desestimación del recurso y de la demanda por el motivo analizado podría suponer una dilación del procedimiento sin mucha justificación práctica, pues los socios podrían interponer a continuación la misma demanda, cuya sustanciación no debería de diferir mucho de la que se ha seguido hasta ahora.”

Por otra parte, respecto de la **forma** del contrato, el sistema espiritua-
lista derivado del artículo 1278 CC inspira parcialmente nuestra regula-
ción, recogida en los artículos 1667 y 1668 CC. El primero indica que “La
sociedad civil se podrá constituir en cualquiera forma, salvo que se apor-
taren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será nece-
saria la escritura pública”, mientras que el segundo señala que “Es nulo
el contrato de sociedad, siempre que se aporten bienes inmuebles, si no
se hace un inventario de ellos, firmado por las partes, que deberá unirse
a la escritura”. Estos preceptos se han interpretado de modo menos es-
tricto que el que cabría deducir de su tenor literal.

Tener clara esta configuración citada es esencial, pues en todo momen-
to va a implicar la existencia de un mínimo común denominador de todo
tipo de sociedades civiles, personificadas y no personificadas.

Si uno se detiene a estudiar con detenimiento **cómo se ha llegado a
la personificación de las sociedades civiles en nuestro Código Civil**, podrá
deducir que sociedad civil y personalidad jurídica no fueron unidas du-
rante gran parte de nuestra Historia, y que para encontrar una personifi-
cación expresa hubo que esperar hasta el Anteproyecto de CC de 1882-
1888 (aunque ya en 1851 parecía partirse de dicha concepción) (11). La
regulación vigente del CC, en lo que toca a la personificación de las so-
ciedades civiles, es la consecuencia de un proceso veloz, poco meditado e
influido en diferentes fases por principios opuestos (12). Nos estamos re-
firiendo a la inclusión del polémico artículo 1669 CC.

El primero de los párrafos de este artículo establece que “No tendrán
personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos
entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nom-
bre con los terceros”.

La polémica sobre la configuración de las sociedades civiles posible-
mente sea la cuestión más tratada a la hora de estudiar el contrato de so-
ciedad civil. En su momento ya nos detuvimos en ella con detalle, por
lo que no lo haremos ahora (13). Baste con indicar que la sociedad civil
nace personificada si las partes la constituyen para cumplir con los obje-
tivos del artículo 1665 CC operando como ente en el mercado, configu-
rada como *sociedad externa*, mientras que nacerá sin personalidad si las

(11) QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: *La sociedad civil sin personalidad en el Derecho español...*,
cit., pp. 37-69.

(12) CAPILLA RONCERO, F.: “Comentario al artículo 1669 CC”, dentro de *Comentarios al
Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXI, volumen 1, EDERSA, Madrid, 1986, pp. 39-40.

(13) QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: “Configuración de las sociedades sin personalidad jurídi-
ca en el Código Civil español”, *Revista Jurídica del Notariado*, número 56, octubre-diciembre
2005, pp. 183-231, así como *La sociedad civil sin personalidad en el Derecho español...*, cit.,
pp. 71-113.

partes, para lograr dicha pretensión negocial, no la configuran para operar en el mercado como ente, sino que mantienen reservada su existencia y los socios contratan con terceros en su propio nombre, configurándose entonces como *sociedad interna*.

Este modo de razonar, pese a no ser directa y expresamente deducible del artículo 1669 CC, es armónico con el mismo y ofrece menos problemas que otras posibles configuraciones propuestas. En cualquier caso, como ya apuntamos en su momento, “se ganaría en claridad y seguridad jurídica si se modificara su redacción y se incidiera más en la importancia de la autonomía de la voluntad de las partes, que no pretenden crear un ente, antes que en las consecuencias de dicha configuración” (14). Pero no podemos negar que estamos ante un problema benigno, solucionable con una dosis de buena voluntad interpretativa.

Donde no existe duda alguna acerca del modo de personificación es en un concreto caso de sociedad civil, como son las **sociedades civiles profesionales**. La Ley de Sociedades Profesionales, Ley 2/2007, de 15 de marzo, ofrece una regulación genérica y uniformadora para todas las sociedades profesionales. Los socios que constituyen una sociedad profesional pueden constituirla como sociedad civil o bien pueden escoger alguna de las formas mercantiles, personalistas o capitalistas, al uso, tal y como se deduce del artículo 1.2 de la Ley. Cada sociedad se registrará por la normativa propia, pero, ante todo, conforme a la Ley 2/2007, por lo que cualquier previsión que se establezca en ésta debe prevalecer sobre la regulación propia que sea. Así sucederá con la personificación de las sociedades profesionales: conforme al artículo 8.1, “la escritura pública de constitución deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad profesional su personalidad jurídica” (15).

Por tanto, las sociedades civiles adquieren su personalidad jurídica al margen de inscripción registral alguna, como ya hemos visto, pero aquellas sociedades civiles que sirvan de vehículo a una sociedad profesional también deben inscribirse en el Registro Mercantil para adquirir su personalidad jurídica, tal y como se desprende del artículo 8.1 citado (incluso se ha modificado el art. 16 del Código de Comercio para evitar la más mínima sombra de duda sobre la legalidad de la cuestión).

La reforma que introduce esta Ley afecta en primer lugar a la propia forma de celebración del contrato de sociedad civil: las sociedades civiles

(14) QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: *La sociedad civil sin personalidad en el Derecho español...*, cit., p. 113.

(15) Sobre el tema, *vid.* QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: “Una primera aproximación a la personificación de las sociedades civiles después de la Ley de Sociedades Profesionales”, *Revista Jurídica del Notariado*, número 62, abril-junio 2007, pp. 245-271.

que se constituyan como profesionales deben cubrir una serie de requisitos formales en su pacto constitutivo que el CC no exige. Deben celebrar su pacto por escrito, incluir una serie de cuestiones previstas en el artículo 7 de la Ley 2/2007, y elevar dicho pacto a escritura pública, incluyendo los extremos a los que alude el artículo 8. La segunda gran novedad será la del modo de personificación de estas sociedades civiles, pues las sociedades civiles profesionales adquieren su personalidad jurídica tras su inscripción en el Registro Mercantil.

Una vez repasados todos estos extremos, ya estamos en condiciones de abordar la gran cuestión polémica que pretendemos tratar: tenemos una sociedad civil sin personalidad jurídica, configurada como tal, pero... ¿qué sucede con su régimen jurídico? ¿A qué norma o normas debemos acudir para solucionar el problema de conocer dicho régimen regulador? La intención del presente trabajo reside precisamente en detenernos en tan espinosa cuestión.

II. El régimen jurídico de las sociedades civiles sin personalidad: la controversia

Es el momento de abordar el tratamiento del régimen jurídico de las sociedades civiles sin personalidad, una cuestión que ha tenido escaso tratamiento en nuestro Derecho (16). En este sentido, es esencial comenzar citando el párrafo segundo del artículo 1669 CC, única regulación existente, cuando señala que “Esta clase de sociedades (las sociedades sin personalidad jurídica) se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes”.

De esta regulación podemos deducir un par de claras ideas: en primer lugar, que estas sociedades sin personalidad siguen siendo sociedades, esto es, no pierden su naturaleza societaria (con todo lo que ello implica). En segundo lugar, que el régimen jurídico de las mismas parece ser el de la comunidad de bienes, según se deduce del artículo 1669.

La **primera de las ideas** implica que a la hora de tener que acudir a una regulación de aplicación y a unos conceptos útiles, todo debe ser, en principio, conectado con el contrato de sociedad civil, pues ante una autén-

(16) Vid. QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: *La sociedad civil sin personalidad en el Derecho español...*, cit., pp. 115-176, y la breve referencia en QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: “La sociedad civil y su personificación jurídica: crónica de una suerte anunciada”, diario *La Ley*, número 7002, 1 de septiembre de 2008, p. 5. Vid. también las sugerentes reflexiones de PAZ-ARES, C.: “Comentario al artículo 1669 CC”, dentro de *Comentario del CC*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1352-1376.

tica sociedad estamos (17). Evidentemente, al no gozar de personalidad jurídica, deben limitarse los efectos de la perfección del contrato de sociedad, en su vertiente organizativa, únicamente a la existencia de contrato interno, sin personificación de ningún tipo. Por ello, por ejemplo, para actuar de modo externo la sociedad no puede operar por medio de unos órganos sociales que son inexistentes: las partes deben apoderar expresamente a alguno de los socios (18) o a cualquier otra persona física, derivándose del pacto social esa legitimación para actuar en el mercado, pero actuando el gestor en su propio nombre, no por cuenta de un ente inexistente. Así, tampoco se puede inscribir titularidad de inmueble en el Registro de la Propiedad a nombre de la sociedad, pues no existe ente jurídico (el art. 11 del Reglamento Hipotecario, en sintonía con el art. 9.4 de la Ley Hipotecaria, es consecuente con esta máxima lógica e indica que “no serán inscribibles los bienes inmuebles y derechos reales a favor de entidades sin personalidad jurídica”; en esto sí serán acertadas las polémicas RRDGRN 31-3-1997, 11-12-1997 y 14-2-2001).

Es interesante destacar, en este momento, cuál es la *pretensión* de las partes al realizar este tipo de pacto: dichas partes no pretenden ni crear una persona jurídica ni constituir necesariamente una copropiedad sobre la masa aportada (19), sino que su pretensión reside en llevar a cabo la tarea descrita en el artículo 1665 CC (una puesta en común de bienes, dinero o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias), pero pretenden lograrlo, en todo caso, sin actuar como ente en el mercado.

En este marco, el acto de aportación de cada socio a la sociedad interna provocará un cambio de situación en los objetos de esas aportaciones, que pasan de ser bienes concretos propiedad de cada aportante y susceptibles de ser destinados por éste a la finalidad que estimara más oportuna a ser parte de una masa aportada por los socios y destinada a cubrir las necesidades que conlleve el correcto desarrollo vital de la sociedad interna (si hubiese existido persona jurídica estaríamos ante su patrimonio propio). Cómo se lleve a cabo jurídicamente esa separación y destino a la finalidad social es algo que habrá que determinar, como veremos a continuación.

(17) Esto debería hacerse, incluso, analógicamente, según PAZ-ARES, C.: “Comentario al artículo 1669 CC”, cit., pp. 1371-1372.

(18) En este sentido, STS 10-7-1995.

(19) Hay quien ha sugerido que los socios sí tienen voluntad de crear un patrimonio separado (voluntad coincidente a la existente en las sociedades personificadas y opuesta a la existente en el caso de pretenderse la constitución de una comunidad de bienes), pero al no exteriorizar dicha voluntad “habrán constituido una sociedad civil sin personalidad jurídica” (en este sentido, VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: *La cotitularidad de los bienes inmateriales*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 62).

Esto nos conecta directamente con la segunda gran cuestión, esto es, la **remisión al régimen de la comunidad de bienes**. Casi toda la doctrina considera que existe realmente una comunidad en el seno de la sociedad civil sin personalidad jurídica (20), pero que la remisión del artículo 1669 no se realiza a todo su régimen, sino sólo a una parte concreta (21). El autor del anterior comentario, PAZ-ARES, divide este régimen en torno a tres núcleos principales: el núcleo dedicado a la administración y disposición de la cosa (arts. 393, 394, 395, 397 y 398 CC), el dedicado a la configuración del derecho de cada comunero (arts. 399, 403 y 405 CC) y el que se ocupa de la división y extinción de la comunidad (arts. 400, 401, 402 y 404 CC). De ellos, interpreta que sólo al segundo se entiende realizada la referencia del artículo 1669, pues estructura la titularidad del patrimonio común atribuyendo a cada socio-comunero un derecho real autónomo sobre una cuota del derecho común (22).

Es habitual en algunas sentencias remitir para la parte obligacional al régimen de sociedad, y para la parte patrimonial o real al régimen de la comunidad de bienes, releyendo el artículo 1669 CC de modo un tanto especial. Así, por ejemplo, en la STS 21-10-2005, en cuyo Fundamento de Derecho Cuarto leemos:

“A lo que parece, estamos ante lo que fue *una sociedad de las que un autorizado sector doctrinal denomina sociedad interna*, a juz-

(20) “En el plano de la titularidad, hay comunidad. Esto no puede discutirse” (PAZ-ARES, C.: “Comentario al artículo 1669 CC”, cit., p. 1371).

(21) En concreto, PAZ-ARES, C.: “Comentario al artículo 1669 CC”, cit., p. 1373. Según la STS 20-5-2002, “las sociedades irregulares mercantiles se rigen por las normas de la sociedad colectiva, por los pactos de las partes y, en su defecto, por las normas de la copropiedad (SS 16-3-1989 y 6-10-1990, entre otras)”.

(22) MUCIUS SCAEVOLA considera lógica esa remisión al régimen de la comunidad de bienes, aunque para ello debía existir “base suficiente para demostrar la existencia de esa comunidad” (*Código Civil*, t. XXV, Ed. Reus, Madrid, 1933, núm. 365, p. 781). MANRESA Y NAVARRO, por su parte, indica que “Claro y evidente resulta que no pueden regirse (las sociedades sin personalidad jurídica) por las prescripciones que regulan la sociedad civil, por no tener existencia válida, y en tal concepto no existe más que la comunidad de intereses de los socios y de las cosas aportadas por los mismos. Por eso se han de regir por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes” (“Comentario al artículo 1669 CC”, dentro de *Comentarios al Código Civil*, t. XI, Madrid, 1972, p. 408). Discutible esa no existencia válida: no existe persona jurídica, pero sí sociedad. BADÍA SALILLAS considera *inevitable* el párrafo segundo del artículo 1669, por pura lógica: “Al no existir un sujeto de Derecho distinto de los socios, el patrimonio adquirido como consecuencia del contrato de sociedad, bien en el momento en que éste despliegue eficacia interna, bien después pero en aplicación de lo acordado en el pacto constitutivo, no puede atribuirse a la sociedad, que no existe, sino que debe serlo a los socios de acuerdo con lo pactado, siempre que el contrato haya alcanzado eficacia interna, o sea, entre los socios. Y esta situación de pertenencia de bienes a varias personas constituye una comunidad; por ello, es *inevitable* el párrafo 2.º del 1669” (“En torno a la problemática de la personalidad jurídica de la sociedad civil en el Derecho español”, RCDI, núm. 573, 1986, pp. 328-329).

gar por el modo en que se estructuró, girando bajo el nombre del causante D. E., y así resulta del análisis de la prueba documental realizado en ambas instancias del incidente, una de las sociedades a las que el artículo 1669 CC se refiere como sociedad sin personalidad jurídica, *llamadas irregulares*, cuyo tráfico, por otra parte, bien hubiera podido ser considerado mercantil, y con ello calificar del mismo modo a la sociedad, con la consecuencia de calificarla como mercantil irregular y encontrar en la regulación de las sociedades colectivas las pautas de tratamiento. Pero se estimó civil y se determinó el régimen jurídico de acuerdo con el artículo 1669 II CC, *precepto del que se deduce que, en cuanto no haya sido perfilado por las partes, como dispositivo que es, el régimen de estas sociedades se remite a las normas de la comunidad de bienes en los aspectos relativos a titularidad de los bienes o infraestructura patrimonial, pero no en el organizativo, donde, en lo que los interesados no hayan establecido, se habrán de aplicar las normas de la sociedad*, con lo que se plantea el problema, cuya solución ha confundido a los juzgadores de instancia en el incidente, de separar los aspectos societarios y comunitarios, pues en el caso se solapan sociedad y comunidad. *Parece claro que las normas de la comunidad rigen el fondo común o sustrato material, donde está enclavada la configuración del derecho de cada comunero, en tanto que los aspectos organizativos y obligatorios se han de llevar a la sociedad, en función de las remisiones de los artículos 392 II y 1669 II del Código Civil, y teniendo en cuenta que la comunidad de bienes es un régimen de goce y disfrute de carácter real, pero también un sistema organizativo de la titularidad de bienes y derechos.* / Tal es la razón por la que cabe aceptar, en este tipo de sociedades, que el fallecimiento del socio produzca el venir a menos instantáneo del vínculo social (pues de otro modo no se produciría una extinción, sino que la disolución daría paso a una fase de liquidación con subsistencia de la sociedad, transformado su objeto precisamente en el fin de liquidar) y genera la subsistencia entre los socios de una mera situación de comunidad, cuya división procederá por las reglas de la división de la herencia (art. 1708 CC). Por eso se ha dicho con justeza que una vez terminada la sociedad sobreviene una situación de comunidad regida por sus normas específicas, que recae sobre el patrimonio que reste a la paralización de la actividad social, esto es, sobre la cuota de liquidación, en cuanto expresa el derecho que tiene el socio a participar en el patrimonio que reste, ya que los medios patrimoniales afectos a la consecución del fin social, como también se ha sostenido autori-

zadamente en la doctrina, pierden su destinación una vez que el fin común desaparece o deja de ser perseguido, con lo que falta la causa que justifica el especial estado en que el patrimonio común se encuentra mientras dura la sociedad, que es lo que vendría a decir el artículo 1708 CC, como, por otra parte, ha dicho la jurisprudencia de esta Sala en sentencias como la de 14-11-1997 o de 31-7-1997, que cita numerosos precedentes, y concluye que la liquidación se ha de llevar a efecto conforme a las reglas de la partición de herencia a que remite el artículo 1708 CC. Pero es claro que ya se entienda el proceso de liquidación como subsistencia transformada de la misma sociedad ya se piense que se produce la extinción social por venir a menos del vínculo, como ocurre en las llamadas sociedades internas, decae el derecho al reparto de beneficios, que se sustituye por el derecho a la cuota de liquidación, que mantiene lo que se ha denominado una relación de tensión frente a los intereses de terceros acreedores, puesto que no cabe el reparto del haber sin haber satisfecho o garantizado el derecho de los acreedores. La sociedad colectiva en liquidación no puede realizar nuevos contratos, aún cuando se trate de una sociedad externa cuya extinción no se produce uno *ictu* (art. 228 Código de Comercio) y menos aún cabe establecer nuevas operaciones si, en los casos en que puede admitirse, se produce una verdadera extinción, como ocurre en las llamadas «sociedades internas». En todo caso el fallecimiento de un socio es causa de disolución (arts. 1700.3.º CC y 222 CCom) salvo pacto de continuidad (arts. 1704 CC y 222.1.º CCom), que en el caso se estimó inexistente. La sentencia de Apelación del juicio incidental trata la cuestión de la sociedad que existió entre D. E. y sus hijos como si se tratara de la continuidad del mismo «negocio», no obstante haber dejado sentado que la sociedad se extinguió y que no había ni pacto de continuidad con los demás socios ni con los herederos del difunto. La decisión de incorporar al caudal relicto una rentas o beneficios derivados de una sociedad que se declaró extinguida, y sustituida por otra, carece, así, de justificación si se ha de entender tal y como está formulada. Únicamente cabe pensar que la decisión de la sentencia de Apelación del juicio incidental sobre rentas traduce la idea de que, extinguida la sociedad sin haberse practicado la liquidación, quedó en poder de los hijos, continuadores de facto de la misma empresa, el capital, la totalidad del haber social, un 20 por 100 del cual, en realidad, pertenecía por mitad a su madre y por mitad, en nudo dominio, a los seis hijos herederos y en usufructo a la propia madre, tratando el tema como

una suerte de usufructo sobre una explotación mercantil (art. 475 II CC) o como una cuota de participación en la masa de la sociedad extinguida que, de hecho, fue transferida e incorporada a la explotación de la empresa de la que fue titular el padre, continuada por sus hijos varones, quienes han utilizado como recursos propios el remanente del haber social de la sociedad extinguida.”

Por tanto, es oportuno plantearse si en las sociedades civiles sin personalidad existe un auténtico **patrimonio social**. Los autores que han tratado el tema con más detalle no han dudado de la existencia de una comunidad en el seno de la sociedad interna, régimen al que remite el artículo 1669 y que coexiste con el régimen societario (pues en ningún momento la sociedad pierde su naturaleza societaria) (23). Por ejemplo, MIQUEL GONZÁLEZ ha señalado que “una interpretación adecuada del artículo 1669 nos debe llevar a la aplicación tanto de las normas de la comunidad como de las normas de la sociedad. Si el artículo 1669 dispone que se apliquen las normas de la comunidad por razón de que los terceros no han tenido conocimiento o posibilidad de conocimiento de la existencia de la sociedad, es evidente que a las relaciones entre los socios que nada tengan que ver con ese tema se debe aplicar la regulación de la sociedad” (24). Resume su idea al indicar que “toda sociedad en la que se hayan puesto bienes en común, si carece de personalidad jurídica, lleva consigo una comunidad de bienes”. CAPILLA RONCERO defiende que no es oponible frente a terceros el régimen de la sociedad civil, ya que desconocen su existencia por la falta de publicidad, por lo que se deben apli-

(23) Alguna tímida crítica manifestó GITRAMA GONZÁLEZ, a quien la remisión del artículo 1669 CC y del artículo 18 de la Ley de Asociaciones al régimen de la comunidad de bienes para aludir al régimen de los grupos no personificados le parecía “a todas luces desorbitante e inadecuado, dada la *fundamental diversidad* entre copropiedad y asociación” (GITRAMA GONZÁLEZ, M.: prólogo a RUBINO, D.: *Las asociaciones no reconocidas*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s. f., pp. 7-8). También por nuestra parte nos hemos mostrado contrarios a esta idea (QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: *La sociedad civil sin personalidad en el Derecho español...*, cit., pp. 131-146).

(24) Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: “Comentario al artículo 392 CC”, dentro de *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, tomo V, volumen 2, EDERSA, Madrid, 1985, pp. 39-40, y *Comentarios del Código Civil*, tomo I, M. Justicia, Madrid, 1993, pp. 1071-1072. Respecto de la posible antinomia surgida entre los artículos 392 y 1669, señala que “tal antinomia pudiera resolverse del modo más sugestivo aplicando a la comunidad convencional o sociedad-comunidad las reglas acumuladas selectivamente; las reglas propias de la sociedad no se aplican a las relaciones externas, sino que a éstas se aplican las reglas de la cotitularidad; al contrario, a las relaciones internas no se aplican las reglas de la comunidad, sino las de la sociedad. Esto por lo siguiente: porque la *ratio* del artículo 1669 impone la aplicación de las reglas de la comunidad en cuanto se trate de terceros” (MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: “Comentario al artículo 392 CC”, *Comentarios...*, EDERSA, p. 54).

car las disposiciones comunes a los estados de indivisión, las normas relativas a la comunidad de bienes (25).

PAZ-ARES, que parte de la *naturaleza inequívocamente societaria de las sociedades internas*, añade que el artículo 1669.II remite al régimen de la comunidad de bienes (26). El precepto *correctamente interpretado* implica, según PAZ-ARES, que “en el sustrato patrimonial, la sociedad interna se estructura como comunidad de bienes (...). El precepto, por tanto, no excluye la aplicación, en el plano obligatorio, del derecho de sociedades (...). Ha de precisarse, sin embargo, que el derecho de sociedades se aplicará muy selectivamente, de suerte que no serán de aplicación todas aquellas normas que de una u otra manera presupongan una organización para actuar en el tráfico”. Entendía PAZ-ARES que “el patrimonio de la sociedad interna no está unificado, sino disgregado: pertenece *pro quota* a los socios. La afectación al fin social es meramente obligacional y, por tanto, no puede oponerse a los acreedores particulares de los socios. Éstos pueden dirigirse contra el patrimonio del socio y, como parte integrante de él, contra las cuotas de comunero en el patrimonio social” (27). Entre esas normas que serán de aplicación cabe destacar las referidas a la autonomía patrimonial y a la afección real de los bienes sociales, mientras que no se puede invocar la preferencia sobre los acreedores individuales de los socios, las normas sobre representación, liquidación (al menos las referidas a las garantías de terceros) y nulidad de la sociedad, las referidas a nacionalidad, domicilio, concurso y resto de reglas que presupongan la subjetivación social, las normas de derecho internacional privado relativas a las sociedades y las normas constitucionales que protegen el derecho de asociación, además de gozar de especial interés las peculiaridades acerca de la responsabilidad de los socios y la administración del grupo.

PANTALEÓN PRIETO entendió que la remisión del artículo 1669.II CC significaba que “no existen más patrimonios que los individuales de los socios, copropietarios por cuotas de los bienes dedicados a la consecución del fin común. Lo que es plenamente consecuente con el supuesto de hecho del referido artículo: una *sociedad interna*, esto es, una sociedad en la que los socios han excluido las relaciones externas *nomine societatis*, que

(25) CAPILLA RONCERO, F.: *La sociedad civil*, Real Colegio de España, Bolonia, 1984, pp. 391-393, y “Comentario al artículo 1669 CC”, cit., pp. 45-50.

(26) PAZ-ARES, C.: “Comentario al artículo 1669 CC”, cit., pp. 1366-1374, y voz “sociedad interna”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, volumen IV, Ed. Civitas, 1995, pp. 6333-6334.

(27) PAZ-ARES, C.: “Comentario al artículo 1699 CC”, dentro de *Comentarios del Código Civil*, tomo II, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, número I.2, p. 1486. En capítulo 19: “La sociedad en general...”, en URÍA-MENÉNDEZ: *Curso de Derecho Mercantil*, cit., p. 453, es todavía más claro al aludir a la coexistencia de la sociedad y la comunidad en la sociedad interna.

los socios han estructurado como mero vínculo obligatorio entre ellos, y no como una organización o grupo unificado" (28). Y continúa reservando la remisión citada para el ámbito de las relaciones jurídico-reales sobre los bienes dedicados a la consecución del fin común, pues las relaciones obligatorias se regirán por las normas del contrato de sociedad, diseñando a las sociedades internas como aquéllas "en las que los bienes dedicados al cumplimiento del fin común son propiedad por cuotas de los socios, y no hay otros acreedores que los individuales de cada uno de ellos (que contratan en nombre propio con los terceros)".

El Tribunal Supremo, al aplicar este artículo, ha sostenido en muchos casos que esa remisión a las normas de la comunidad de bienes era absoluta y excluyente de las normas relativas a la sociedad en lo patrimonial, aunque ha admitido entre las partes la validez de lo pactado en el plano obligacional, como hemos visto (29).

Nuestro punto de vista difiere de estas opiniones citadas: es evidente que en el seno de la sociedad no existe una persona jurídica, pero sí suele existir una serie de bienes destinados a un fin [sostener la actividad de la sociedad no personificada (30)]. La exacta configuración de dicha masa aportada dependerá de la voluntad de las partes contratantes, de cómo dichas partes diseñen la vertiente patrimonial de la sociedad, algo que consideramos que no se puede conocer *a priori* [cabén diversas opciones: transmisión de la propiedad a uno de los socios, para que opere en el mercado, copropiedad expresamente constituida (31), mantenimiento de la propiedad por cada socio, pero disposición de los bienes para realizar la actividad social, etc.]. Por ello, consideramos incorrecto remitir al régimen de la comunidad de bienes en todo caso, como hace el artículo 1669 CC, pues no existirá copropiedad más que en el caso en que se constituya expresamente una comunidad, no siempre, y resultaría una copropiedad instrumental respecto de la sociedad, con ciertos problemas (32). Entre las partes regirán los pactos establecidos, tanto en lo personal como en lo pa-

(28) PANTALEÓN PRIETO, F.: "La personalidad jurídica de las sociedades civiles. Contra la Resolución DGRN de 31 de marzo de 1997", AAMN, tomo XXXVIII, 1999, número 5, p. 22.

(29) Vid. NÚÑEZ IGLESIAS, A.: "Comentario al artículo 1669 CC", dentro de *Jurisprudencia Civil Comentada, Código Civil*, dirigido por PASQUAU LIAÑO, tomo II, 2000, pp. 2927-2928, y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Comentario al artículo 1669 CC", dentro de *Comentarios al Código Civil*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 1890-1891.

(30) Decimos que suele existir porque en puridad el artículo 1665 CC no lo exige estrictamente, aunque lo normal es que sí exista, para facilitar la labor social.

(31) Es cuestión que ha puesto de manifiesto claramente nuestra doctrina. Por todos, PAZ-ARES, C.: Capítulo 19, en *Curso de Derecho Mercantil*, cit., pp. 452-456.

(32) Una copropiedad sobre un buque palangrero, en el seno de una sociedad civil interna ("irregular" la denomina incorrectamente la sentencia), en la SAP de Asturias (sec. 4.ª) 26-1-2007.

trimonial, y el régimen de la sociedad civil [salvo en aquellos preceptos que impliquen personificación (33)], por lo que lo acertado sería suprimir la remisión del artículo 1669 CC al régimen de la comunidad de bienes.

Esta criticada remisión deriva de la convicción de que toda sociedad encierra en su seno una comunidad de bienes (34). Esta idea, propia del Derecho intermedio (35), se integra en el CC gracias a la influencia de LAURENT (36), y entronca con las reflexiones de autores como DONDERIS TATAY, MANRESA, BONET RAMÓN, Benito GUTIÉRREZ o PONSÁ GIL (37).

(33) En concreto, el párrafo segundo del artículo 1681 y los artículos 1698 y 1699 CC.

(34) Interesante, en este sentido, la STS 18-2-2009, cuando indica (F. D. 2): "En primer lugar, pese a negar la recurrente con insistencia en su recurso la ausencia de la necesaria *affectio societatis*, es atinada la conclusión sentada tanto por el Juzgado como por la Audiencia sobre la existencia de un verdadero contrato de sociedad entre las litigantes, desde la delimitación jurisprudencial que de ambas figuras se ha hecho. Así, ya precisaba la sentencia 24-7-1993, con cita de otras muchas anteriores, las características que distinguen una y otra, señalando que «si bien son coincidentes en darse una situación de voluntades en unión, no lo son en cuanto a sus fines y operatividad. Las comunidades de bienes suponen la existencia de una propiedad en común y pro indivisa, perteneciente a varias personas (art. 392 CC, lo que se traduce en su mantenimiento y simple aprovechamiento plural. En cambio las sociedades civiles, aparte de la existencia de un patrimonio comunitario, éste se aporta al tráfico comercial ya que la voluntad societaria se orienta a este fin principal y directo para obtener ganancias y lucros comunes, partibles y divisibles y, consecuentemente, lo mismo sucede con las pérdidas». Frente a esta conclusión, ninguna virtualidad puede tener la hipótesis de la recurrente, a saber, que «nunca ha existido sociedad entre las partes» y que «lo único que existe es la utilización del único medio de conservación del patrimonio común: el arrendamiento», máxime cuando reconoce abiertamente en el recurso la finalidad instrumental de la comunidad de bienes constituida, señalando que se arbitró tal fórmula «para facilitar la emisión de las facturas a los arrendatarios». / Por lo demás, en su argumentación del primer motivo pretende la recurrente enmarcar en los diversos preceptos que alega algunas de las actuaciones llevadas a cabo sobre el local litigioso, al objeto de subsumir la relación negocial existente entre las partes en tal categoría jurídica de comunidad de bienes. Así, el arrendamiento de los distintos locales de la Galería pretende se conceptúe como «un acto de administración de la cosa común» de los que prevé el artículo 398; la constitución de hipoteca por la actora recurrente, sin oposición alguna de la recurrida, pretende se encuadre en la previsión legal contenida en el artículo 399 CC. Pero tal labor de puntual subsunción normativa no puede conducir a la conclusión querida por la recurrente, esto es, la caracterización de la relación negocial existente entre las partes como una comunidad de bienes, puesto que tales negocios puntuales no están obviamente vedados en el ámbito del contrato societario respecto de los bienes integrados en el haber social, sino que son tanto o más frecuentes que en las denominadas comunidades de bienes. Por otro lado justifica la recurrente en su recurso, con nueva toma en consideración del material probatorio unido a las actuaciones, la divisibilidad del inmueble, aun cuando reconoce que la Sentencia de instancia, una vez establecida la inviabilidad de la acción de división, no entró en el análisis de tal particular. Tal circunstancia hace decaer cualquier consideración que ahora, en casación, dada la naturaleza de este recurso, se pretenda efectuar sobre tal cuestión".

(35) Con antecedentes romanos, *vid.* D. 17.2.31.

(36) En el artículo 1883 de su Anteproyecto se establecía que: "Si hay muebles comunes, se aplican los principios que rigen la comunidad de hecho".

(37) Hemos estudiado estos orígenes, con detalle, en QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: *La sociedad civil sin personalidad en el Derecho español...*, cit., pp. 60-63.

En palabras de DONDERIS TATAY, la sociedad viene a ser una “comunidad contractual personificada” (38), e incluso el TS no se ha mantenido ajeno a esta idea (por ejemplo, la STS 21-3-1988 indicaba que “no es concebible sociedad sin algún tipo de comunidad”).

Por tanto, será necesario estar a la configuración establecida por las partes, que existirá en todo caso, por propia lógica contractual, y que, además, va a determinar también qué ocurre con las adquisiciones que después se realicen en provecho de la sociedad interna (si el patrimonio se transmitió al actuante, las adquisiciones posteriores se integrarán en su patrimonio con idéntico criterio, sin perjuicio de que deba responder de sus actuaciones ante sus socios; si se estableció una copropiedad sobre cada bien aportado, esta adquisición pasará a ser también copropiedad de los socios, del modo pactado), así como lo que debe hacerse a la hora de la extinción de la sociedad [distribución de ganancias y pérdidas conforme al pacto, sin acudir directamente a las normas de la comunidad de bienes (39)] (40).

La STS 19-11-2008 (FD 3) indica:

“Ya en su formulación se falta al requisito establecido en el artículo 477.1 LEC, en tanto que el recurso de casación ha de fundarse «en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso», sin que se cite en el motivo la concreta infracción de norma legal alguna. En todo caso, tampoco se observa infracción de la doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre la llamada sociedad irregular y su adecuada diferenciación de la comunidad de bienes. Esta última, como reflejan las sentencias citadas por la parte recurrente (15-10-1940, 25-5-1972, 5-7-1982, 6-3-1992 y 15-12-1992) supone simplemente la existencia de una propiedad común sobre determinados bienes que se traduce en su mantenimiento y simple aprovechamiento plural, mientras que la sociedad comporta la puesta en común de dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí los socios las ganancias (art. 1665 CC).

(38) DONDERIS TATAY, L.: *La copropiedad. Teorías. Derecho español*, Ed. Reus, Madrid, 1933, p. 20.

(39) Salvo que a la hora de hacer cálculos deba extinguirse expresamente una copropiedad, e incluso en aquel caso, debe predominar el régimen societario (a la hora de distribuir las ganancias puede tenerse en cuenta esa participación en la copropiedad para abonar la ganancia oportuna).

(40) Las operaciones a realizar dentro del proceso de liquidación y extinción no aparecen reguladas en el CC, pero la lógica recomienda que se realice un inventario de los bienes liquidables, la tasación en dinero de los mismos, el pago de las deudas sociales, la división en lotes de lo restante y su adjudicación entre los socios (o sus herederos) del modo pactado.

De ahí que la figura societaria surja inevitablemente en el caso cuando se explota por las partes conjuntamente una academia de enseñanza, que radica en unos locales de propiedad común de ambas, siendo así que los ingresos y gastos se producen en cuentas bancarias comunes y se adquieren otros bienes en común con las ganancias obtenidas; los cuales, como ganancias, forman parte igualmente de la sociedad y han de ser objeto de partición con la liquidación final de aquélla. *No se opone a ello el hecho de que el negocio figurara a nombre de la actora como autónoma, pues precisamente tal circunstancia constituye característica propia de la llamada sociedad irregular en la que los pactos se mantienen secretos entre los socios y en la que cada uno de ellos contrata en su propio nombre con los terceros*, rigiéndose por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes (art. 1669 CC) con la particularidad de que, dada la existencia de un conjunto patrimonial común, la liquidación ha de practicarse conforme a las normas propias de la división de la herencia (sentencias 13-11-1995, 31-7-1997 y 14-11-1997, 21-10-2005 y 5-12-2007, entre otras)."

Como otra sentencia de interés podemos destacar la SAP de Jaén (sec. 2.^a) 26-1-2006, que se ocupa de la situación de una sociedad sin personalidad ("irregular", según la llama) y de la determinación de la propiedad de los posibles inmuebles existentes, entre otras cuestiones, en sus Fundamentos de Derecho Primero a Tercero:

"PRIMERO. Se recurre por los demandados la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia estimando la demanda sobre disolución de la sociedad civil irregular constituida por el causante de las demandantes, D. J. M. y el hermano de éste, D. E., codemandado en el pleito, y existente hasta la incapacitación del primero en septiembre del año 2000. / En el recurso se reiteran las pretensiones contenidas en la contestación a la demanda y reconvencción que en su día se formularon, esto es, la consideración de que la sociedad constituida entre los hermanos J. M. y E., lo era de carácter universal de bienes y ganancias, debiendo incluirse en su activo todos los bienes, tanto muebles como inmuebles adquiridos con las ganancias de las actividades desarrolladas por dicha sociedad, con independencia de su titularidad formal, y en todo caso de titularidad compartida el edificio construido en la AVENIDA000 núm. NUM001 de Begíjar; y de otro lado, la cualidad de socio de D. P., hijo de D. E., y sobrino de D. J. M., desde el año 1982 o subsidiariamente desde 1988, fecha en que se incor-

poró a la sociedad, al que pertenecería una participación indivisa en el haber societario, o subsidiariamente la participación que corresponda en función de los años de servicio prestado a la sociedad, o en función del valor del patrimonio adquirido durante los referidos años. / *Tres son, por tanto, las cuestiones objeto de debate, la calificación jurídica de la sociedad, con la correspondiente inclusión en el patrimonio de la sociedad de los inmuebles que se relacionan en la demanda, y que la sentencia no incluye en el haber social; la titularidad del edificio sito en la AVENIDA000 núm. NUM001 de Begíjar, y la cualidad de socio del codemandado, si bien se introduce una subsidiaria a la que en su caso nos referiremos.*

Respecto a **la primera** de ellas, y alegándose error en la apreciación de la prueba, los recurrentes alegan que las declaraciones de la demandante y testimonios de diversos testigos, así como la prueba documental constituida por las cuentas bancarias *permiten concluir que los socios ponían en común cuantos ingresos percibían y que con los fondos de la sociedad se compraron todos los inmuebles siendo la voluntad de los socios la de hacer comunes los mismos.*

No podrá prosperar el motivo pues si bien se ha acreditado sin duda que los bienes inmuebles cuyos titulares son respectivamente cada uno de los hermanos J. M. y E., o los hijos de E., también demandados se adquirirían con fondos procedentes de las ganancias obtenidas por ambos hermanos tanto por razón de la actividad del negocio de transportes y movimientos de tierras, como por la explotación de las fincas rústicas, lo que en absoluto se ha acreditado es que existiera pacto alguno para que dichos inmuebles se adquirieran para hacerlos comunes. Antes al contrario, su propia titularidad indica lo contrario. *Los inmuebles se iban adquiriendo por cada uno de los hermanos y para sus sociedades de gananciales*, o incluso por los hijos de D. E.; y nada hubiera impedido que se hubieran inscrito en régimen de copropiedad, lo que en ninguno de los referidos inmuebles se ha podido constatar. Es claro que entre ambos hermanos existió un acuerdo de voluntades para obtener un fin común de carácter lucrativo, aportando su trabajo en relación con industria propia de la actividad de transportes y movimiento de tierras, e incluso explotación agrícola de las fincas adquiridas con fondos de la sociedad (beneficios repartidos) por cada uno de ellos, y realizando adquisiciones de los bienes necesarios para la obtención de dicho fin común. Ello conforme a la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 19-4-2005 y las citadas en ella), incardina dicha asociación en los preceptos del CC

(1665 y siguientes), que regulan el contrato de sociedad, en este caso *irregular* al no haberse dado publicidad a sus pactos (art. 1669), ni adoptarse una forma mercantil concreta, que la dotara de personalidad jurídica propia e independiente de la de cada uno de los socios. Pero, como decimos, ningún dato objetivo nos indica que se constituyera la sociedad de ganancias, presentes y futuras regulada en los artículos 1672 y ss. CC, en la que hubiera pacto alguno que permita considerar como sociales los bienes inmuebles adquiridos particularmente por cada uno de los socios, como insisten los recurrentes.

Viene al caso lo que decía la STS 20-5-2002 en su fundamento primero en el que llega a idéntica conclusión, en un supuesto en el que aún calificado por las partes el contrato que les unía como de sociedad universal de ganancias, y en relación con la calificación de los bienes adquiridos con dichas ganancias se decía: «Considera esta Sala que la crítica del motivo a la fundamentación por la sentencia recurrida es correcta, pues si la misma manifiesta que el contrato celebrado entre las partes fue de constitución de una sociedad mercantil por su objeto (la venta de muebles) de carácter irregular (por constar en documento privado, no inscrito lógicamente en el Registro Mercantil), no es coherente que se acuda al artículo 1675 como si la sociedad lo fuese civil universal de ganancias futuras. Ciertamente es que así la calificaron las partes, pero ello no vincula al juzgador. Por otra parte, el que los inmuebles hayan sido adquiridos con cargo a fondos sociales no repartidos, para la sociedad de ganancias del recurrente, no les atribuye la condición de bienes sociales. Las sociedades irregulares mercantiles se rigen por las normas de la sociedad colectiva, por los pactos de las partes y, en su defecto, por las normas de la copropiedad (sentencias 16-3-1989 y 6-10-1990, entre otras). Ni el contrato privado de constitución de la sociedad irregular ni las reglas legales sobre la copropiedad dan solución a la cuestión que se plantea, a saber, carácter de los bienes adquiridos con fondos sociales en beneficio del socio que los dedica a tal fin. Sólo en el artículo 135 CC puede hallarse la regla aplicable, que no es ni mucho menos la de la atribución a la sociedad del negocio propio del socio, sino de imposición de obligaciones de restitución de los fondos e indemnizatorias que en el citado precepto mercantil se contienen».

Y el hecho de que se aportaran y cargaran en las cuentas bancarias comunes incluso el importe de la pensión de invalidez que percibía D. J. M., o los ingresos y gastos relativos a las fincas rús-

ticas de cada uno de los hermanos, *no es indicio* de que la titularidad pública de cada uno de los bienes inmuebles relacionados en la demanda deban ser considerados bienes sociales, contrariamente a lo que consta en los títulos de propiedad públicos; indica un pacto en relación con su administración y mantenimiento, pero no otra cosa.

SEGUNDO. En relación con la **titularidad del edificio** sito en la AVENIDA000 núm. NUM001 de la localidad de Begíjar, que se discute expresamente tanto en la contestación a la demanda como en la reconvención y ahora en el recurso, se sostiene que al haberse edificado con fondos sociales, debe estimarse de titularidad compartida, esto es, perteneciente a los dos hermanos; expresando como indicio de la voluntad de ambos, el que desde la terminación de construcción del edificio haya sido ocupada una de las dos viviendas que lo conforman, la del primer piso, por D. E. y su familia. Al respecto, ciertamente puede sostenerse que la titularidad formal, cuestión que ya fue traída a colación en el juicio de desahucio por precario que se siguió a instancia de la demandante contra su cuñado, no es pacífica, a diferencia de la titularidad de los restantes bienes inmuebles adquiridos a nombre de uno u otro (o de los hijos de uno de ellos). Como se alega, fue financiada su construcción, y debemos presumir, dados los restantes antecedentes, que también el propio solar donde se construyó, con los fondos comunes de los hermanos E. y J. M. El solar se puso a nombre de J. M., así como la contribución urbana, como consta en los documentos aportados con la demanda de lo que pudiera extraerse como conclusión lógica que la intención de los hermanos era que dicho edificio fuera de su exclusiva propiedad; sin embargo una de las viviendas, desde su terminación ha sido ocupada, a ciencia y paciencia de dicho J. M., por su hermano E. que la habitaba con su familia, sin que conste acto alguno de aquél en contra de dicha ocupación. La explicación dada por la demanda, de que se le permitió ocuparla mientras hacía obras de rehabilitación de su casa, no justifica en modo alguno tan larga permanencia. A diferencia del resto de los bienes inmuebles adquiridos de la misma forma, durante la vida de D. J. M., la declaración de obra nueva e inscripción de la titularidad del edificio se hace por su esposa, como tutora de aquél, y tras haber sido declarada su incapacitación, lo que nos impide conocer por actos concluyentes y objetivos la voluntad del mismo en relación con dicha propiedad. Y a ello se une otro dato ciertamente relevante, que no es otro que la comparación entre los distintos bienes inmuebles pues-

tos a nombre de cada una de las ramas familiares y que se adquieren con los fondos sociales, beneficios. De dicha comparación, como se pone de manifiesto en el recurso, resulta una evidente desproporción si se considera que el edificio ahora tratado se construye para ser finalmente de titularidad de D. J. M., en lugar de ser de los dos hermanos. Así el valor del patrimonio en inmuebles a nombre de J. M. según el informe pericial judicial que incluye la registral núm. NUM002, asciende a 596.448 euros, mientras que el valor del patrimonio en inmuebles a nombre de E. y de sus dos hijos, asciende a 405.472 euros; lo que supone una injustificada diferencia de 190.976 euros.

A lo que se une que incluso las características de los inmuebles de cada rama, apuntan a considerar que el edificio en litigio, constituido por una gran cochera utilizada como garaje de los camiones, y dos viviendas de similares características, se construye para alojar en cada vivienda a una de las familias y utilizar el garaje para la actividad. Así puede apreciarse que pertenece a cada uno de los matrimonios otra vivienda de mucho menor valor, y en mal estado de conservación, al margen de las rústicas y los solares. Ello indica, necesariamente que aún figurando a nombre del causante de las actoras el solar y la contribución urbana, el edificio y con ello la finca registral, debe considerarse de titularidad compartida e indivisa, como se solicita en la reconvención, esto es, propiedad en un 50% de D. J. M. y su esposa, y en el otro 50% de D. E. y su esposa.

TERCERO. En cuanto a la **última cuestión** de las que constituyen el objeto del pleito y el recurso, la condición de socio del demandado reconviniente D. P., ciertamente habrá de aceptarse, con estimación del recurso en dicho extremo, que no puede sin más considerársele un mero trabajador de la empresa formada por su padre y su tío, como se hace en la sentencia. Ello no explica un dato objetivo aceptado por todas las partes, el que figure a su nombre gran parte de la maquinaria que las propias actoras en su demanda consideran constituyen bienes de la sociedad, como son concretamente un camión y tres palas cargadoras con un valor considerable; valor que si tenemos en cuenta las cifras que se exponen en la demanda y la prueba pericial judicial, representa aproximadamente el 20% del valor total de lo que sería el activo de la sociedad, vehículos, maquinaria, dinero existente en las cuentas comunes, y fondo social. Como tampoco da explicación alguna al hecho de que estuviera dado de alta como autónomo, no asalariado por cuenta ajena, y sus cuotas se cargaran en las cuentas

sociales. Antes bien, resulta lógico deducir que el único descendiente varón, hijo y sobrino de los dueños de la empresa, que desde antes de llegar a la mayoría de edad, como algún testigo declaró, y luego permanentemente, ha venido aportando su trabajo al fin común, sin figurar como asalariado de dicha empresa, tuviera participación en la sociedad, aún cuando ningún testigo haya podido afirmarlo, aunque alguno efectivamente haya afirmado que P. era la mano derecha de J. M. No olvidemos que se trata de una sociedad irregular que mantiene sus pactos en secreto respecto a terceros, y que hemos de inferir de los datos que obran en las actuaciones incluso su existencia, pues dada la relación familiar de los socios, ningún contrato escrito se confeccionó.

Así las cosas, y a la hora de determinar la concreta participación que el codemandado haya tenido en la sociedad, habrá de acudir, a los datos objetivos que obran en las actuaciones, y teniendo en cuenta lo referido sobre el valor de los bienes muebles, vehículo y palas cargadoras cuya titularidad le corresponde, en relación con el total valor del activo de la sociedad, habrá que concluir su condición de socio con una participación del 20% en la misma.

Todo lo que nos conduce a la revocación de la sentencia en cuanto a los dos pronunciamientos referidos, lo que supone a su vez, estimación parcial de demanda y reconvención y conlleva la no imposición de las costas de ninguna de ellas, por aplicación del artículo 394 LEC.”

Tras todo lo visto, es evidente que estas cuestiones nos conectan con el **modo de operar en el tráfico de la sociedad civil interna**. La sociedad civil, para lograr sus fines, no actuará en el mercado como ente, pues nunca nació, sino que se actuará a través de alguien que contratará en su propio nombre, como destaca el artículo 1669 CC. El tercero que contrate con la sociedad, por tanto, no es consciente de hacerlo más que con una persona física que actúa en su propio nombre. PAZ-ARES alude a la necesidad de una cláusula contractual que impida la utilización del nombre del grupo en el tráfico (41), pero basta con que se desprenda del contrato regulador que se actuará en el mercado sin intervenir como sociedad. A los terceros a la sociedad no se les aparecerá, al contratar, una sociedad civil como grupo, pues iría contra su naturaleza interna, sino un particular que contrata con él en su propio nombre.

(41) PAZ-ARES, C.: voz “Sociedad interna”, cit., p. 6332, y “Comentario al artículo 1669 CC”, cit., p. 1360.

Todo ello no es óbice para que ese socio actuante responda frente a sus socios de los posibles perjuicios derivados de su actuación, en su caso, si afectaron a los intereses del conjunto de socios de alguna forma (ya que actuaba en nombre propio, pero gestionando el interés de la sociedad interna, y debe rendir cuentas por ello). Obraba así sin necesidad de acuerdo expreso previo de la sociedad para que lo hiciera, sólo ejecutando el contrato social, que configuraba el contrato de esa forma.

De este modo de actuar debemos derivar la **inexistencia de deudas sociales** en sentido técnico (42): si la sociedad no está personificada y no actúa como ente no puede endeudarse como tal persona. Únicamente podrán existir deudas individuales del contratante, aunque contraídas en su labor societaria (43).

Y como el tercero no conocerá la existencia de una sociedad civil interna, debe defenderse por lógica que las partes contractuales sólo puedan exigirse la una a la otra el cumplimiento del contrato y, en su caso, la responsabilidad oportuna, sin que pueda exigírsele dirigirse contra los otros socios (desconocidos, para él) (44).

Sin embargo, también parece congruente con la configuración de la sociedad interna imaginar que el socio contratante, que debe responder frente al tercero con su patrimonio conforme al artículo 1911 CC, esté **legitimado**, a la hora de hacer frente al cumplimiento de la obligación, para acudir a los bienes o dinero aportados a la sociedad interna con la intención de que sea ésta la que soporte la operación. Parece lógico aunque el tercero no llegue a conocer esta situación: si una sociedad interna opera de este modo como norma general, lo frecuente es que asuma sus opera-

(42) Esta cuestión fue apuntada por PAZ-ARES, C.: "Comentario al artículo 1669 CC", cit., p. 1368.

(43) Indicaba PAZ-ARES, además, que "es claro que la simple existencia de un lazo obligatorio entre los socios no autoriza al tercero para proceder contra aquel o aquellos socios que no se hallen directamente obligados" (PAZ-ARES, C., voz "Sociedad interna", cit., p. 6334, y "Comentario al artículo 1669 CC", cit., p. 1368).

(44) Esta cuestión ya había sido esbozada por LAURENT, y su influencia en los temas que estudiamos ha sido suficientemente puesta de manifiesto (LAURENT, F.: *Principes de Droit Civil*, t. XXVI, Bruxelles, Bruylant-Christophe & C. Éditeurs, Paris, Librairie A. Maresq, Ainé, 1878, núm. 189, pp. 195-196). Y, en reflexión al hilo de una sentencia de la Corte de Bruselas, sentencia de 8-8-1849, defendía que bastaba con demandar a aquél con el que contrató, o a los administradores, en el caso de que se conozcan. Literalmente señala que "el acreedor no puede actuar más que contra aquél que contrató con él", y parece correcta esta postura. Incluso el TS ha tenido ocasión de seguir esta forma de argumentar, aunque en otro supuesto: en concreto, cuando alude a que la *irregularidad* no puede perjudicar a terceros, lo que DE LA OLIVA SANTOS traduce en la práctica, por ejemplo, "en que los terceros pueden hacer valer sus derechos frente a quienes aparecieron formando sociedad, aunque ésta no se constituyera regularmente e incluso aunque no hubiera verdaderamente sociedad" (DE LA OLIVA SANTOS, A.: *La sociedad irregular mercantil en el proceso*, Editorial Univ. Navarra, 1971, p. 37).

ciones con las aportaciones que forman su “patrimonio”. Por tanto, el socio que contrata se sirve de éste para operar, pues estará legitimado para hacerlo, y así la sociedad, el conjunto de socios, interioriza la operación (los otros socios no pueden oponerse, pues estarían incumpliendo su contrato, en la medida en que no colaboran en el correcto desarrollo de la labor social).

Si ese “patrimonio social” no bastase, frente al tercero debe hacer frente con su propio patrimonio a dichas deudas, sin perjuicio de que después pueda solicitar a los demás socios las cantidades oportunas conforme a la proporción pactada.

Por otra parte, los socios de la sociedad interna que no operan en el mercado, ¿son o pueden ser en algún caso responsables frente al tercero de las deudas contraídas por el actuante? La clave de esta cuestión reside en determinar si realmente la medida deducible del artículo 1698 CC es aplicable al caso de las sociedades sin personalidad jurídica. Consideramos que no debe ser así, por ir contra la esencia de la situación (si al tercero se le aparecen ahora nuevos implicados, no parece razonable permitirle acudir contra ellos también, pues a la hora de contratar la imagen que había recibido era otra) (45). Esto no conlleva que no deban asumir la obligación internamente conforme a lo pactado.

Por último, una vez que el tercero a la sociedad haya visto satisfecho su interés, bien porque se haya cumplido aquello a lo que se había obligado su contratante (gestor del interés de una sociedad interna), bien porque se debiera reparar cualquier tipo de daño y se haya reparado, debemos determinar qué **efecto** produce en el seno de la sociedad interna

(45) Una sentencia relativamente reciente que se ocupa de la responsabilidad de los socios, con ciertas peculiaridades, es la SAP de Madrid (sec. 14) 25-6-2007. También de interés la SAP de Sevilla (sec. 2.ª) 4-10-2007, acerca de dicha obligación y la condición de socio actual para que resulte efectiva: “lo cierto es que el ahora demandado Sr. Alexander no estará obligado a responder frente a la sociedad al haber vendido su participación en la misma con todos los derechos y obligaciones que ello conllevaba y no haberse pactado que hubiese de responder a posibles reclamaciones frente a la sociedad por hechos anteriores”. De la misma sección es la SAP de Sevilla 14-10-2005, en la que se argumenta sobre la aplicación del artículo 1698 CC al caso de una sociedad civil personificada: “Así las cosas y en relación a esta responsabilidad habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 1698 CC, que la doctrina y la jurisprudencia han interpretado en el sentido de entender, que cuando el mencionado precepto excluye que los socios respondan solidariamente de las deudas de la sociedad, permite deducir que lo harán de forma subsidiaria, mancomunada y con todo su patrimonio (por aplicación del art. 1911 CC que recoge el principio de responsabilidad patrimonial universal) en defecto de bienes sociales suficientes para hacerlas frente. Es decir, cuando el patrimonio o haber social es insuficiente para asumir las deudas sociales, nace una responsabilidad subsidiaria y mancomunada de los socios que han de responder con todos sus bienes; de ahí, que careciendo la sociedad civil Adimsa SC de bienes y patrimonio para atender las obligaciones contraídas frente a terceros, los socios responderán con todo su patrimonio con independencia de su cuota de participación”.

dicha satisfacción. La idea que debe inspirarnos en todo momento es que es la sociedad interna, entendida realmente como el conjunto de socios, la que debe asumir finalmente la operación: los socios, por tanto, pueden exigirse la colaboración en el cumplimiento en la proporción oportuna pactada.

En conclusión, si algo nos queda claro de la atención doctrinal dispensada a los grandes problemas del artículo 1669 CC es que los autores que se adentran en él suelen centrar su atención en la configuración de las sociedades civiles con y sin personalidad jurídica, mientras que la segunda parte de la cuestión, la del régimen jurídico de las sociedades no personificadas, suele despacharse con la remisión genérica al régimen de la comunidad de bienes, sin mucha mayor profundización. No nos parece acertado y, por ello, apostamos por aproximarnos a dicho régimen sin asumir todo prejuicio heredado acerca del mismo.

III. Bibliografía esencial

- AZURZA Y OSCOZ, P. J.: "Problemas de la sociedad civil", ADC, 1952, pp. 125-198.
- BADÍA SALILLAS, A.: "En torno a la problemática de la personalidad jurídica de la sociedad civil en el Derecho español", RCDI, número 573, 1986, pp. 317-332.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Comentario al artículo 1669 CC", dentro de *Comentarios al Código Civil*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 1888-1891.
- CAPILLA RONCERO, F.: *La sociedad civil*, Real Colegio de España, Bolonia, 1984.
- "Comentario al artículo 1669 CC", dentro de *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXI, volumen 1, EDESA, Madrid, 1986, pp. 37-56.
- DONDERIS TATAY, L.: *La copropiedad. Teorías. Derecho español*, Ed. Reus, Madrid, 1933.
- EIZAGUIRRE, J. M. de: "La subjetivación de las sociedades de personas", *Revista de Derecho de Sociedades*, volumen 14, 2000-2, pp. 85-107.
- GARCÍA MÁS, F. J.: "La sociedad civil y su conexión registral (Conferencia en Centro de Estudios Hipotecarios de Granada)", RCDI, número 599, julio-agosto 1990, pp. 155-169.
- "La Sociedad Civil: una crisis provocada. Comentario a la Resolución de 31 de marzo de 1997 de la DGRN", RCDI, número 647, julio-agosto 1998, pp. 1165-1190.
- "La Sociedad Civil en el marco de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil en virtud del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre", RCDI, número 657, 2000, pp. 1067-1111.
- GARRIDO DE PALMA, V. M.: "Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil", RDP, 1972, pp. 759-773.
- GITRAMA GONZÁLEZ, M.: prólogo a RUBINO, D.: *Las asociaciones no reconocidas*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s. f.

- LAURENT, F.: *Principes de Droit Civile*, tomo XXVI, Bruxelles, Bruylant-Christophe & C. Éditeurs, Paris, Librairie A. Maresq, Ainé, 1878.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil*, tomo XI, Madrid, 1972.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: "Comentario al artículo 392 CC", dentro de *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, tomo V, volumen 2, EDESA, Madrid, 1985, pp. 4-59.
- "Comentario al artículo 392 CC", dentro de *Comentarios del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1066-1072.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q.: *Código Civil*, tomo XXV, Ed. Reus, Madrid, 1933.
- NÚÑEZ IGLESIAS, A.: "Comentario al artículo 1669 CC", en *Jurisprudencia Civil Comentada, Código Civil*, dirigido por PASQUAU LIAÑO, tomo II, Granada, 2000, pp. 2919-2928.
- OLIVA SANTOS, A. de la: *La sociedad irregular mercantil en el proceso*, Ed. Univ. Navarra, 1971.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: "La personalidad jurídica de las sociedades civiles. Contra la Resolución DGRN de 31 de marzo de 1997", AAMN, tomo XXXVIII, 1999, pp. 9-46.
- PAZ-ARES, C.: "Comentario al artículo 1669 CC", dentro de *Comentario del CC*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1352-1376.
- "Comentario al artículo 1699 CC", dentro de *Comentarios del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1485-1488.
- Voz "sociedad interna", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, volumen IV, Ed. Civitas, 1995, pp. 6331-6335.
- Capítulo 19: "La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad", en URÍA-MENÉNDEZ: *Curso de Derecho Mercantil*, I, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 429-462.
- Capítulo 21: "La sociedad mercantil: mercantilidad e irregularidad de las sociedades", en URÍA-MENÉNDEZ: *Curso de Derecho Mercantil*, I, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 491-525.
- QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: "Configuración de las sociedades sin personalidad jurídica en el Código Civil español", *Revista Jurídica del Notariado*, número 56, octubre-diciembre 2005, pp. 183-231.
- *La sociedad civil sin personalidad en el Derecho español. Concepto y régimen jurídico*, Ed. Comares, Granada, 2007.
- "Una primera aproximación a la personificación de las sociedades civiles después de la Ley de Sociedades Profesionales", *Revista Jurídica del Notariado*, número 62, abril-junio 2007, pp. 245-271.
- "La sociedad civil y su personificación jurídica: crónica de una suerte anunciada", diario *La Ley*, número 7002, 1 de septiembre de 2008, pp. 1-7.
- VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: *La cotitularidad de los bienes inmateriales*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

NATURALEZA, PERFECCIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS TESTAMENTOS

(Primera parte) (*)

AGUSTÍN ROMERO PAREJA
Doctor en Derecho

(*) En este número de la Revista publicamos la primera parte de este trabajo (introducción y apartados I y II). La segunda parte (apartado III y bibliografía consultada) la publicaremos en el próximo número.

SUMARIO

ABREVIATURAS.

INTRODUCCIÓN.

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TESTAMENTOS.

1. Concepto y naturaleza del testamento.
2. El testamento: "negocio jurídico" con efectos *post mortem*.
3. Testamento y forma en el CC.
4. Solemnidad y forma.

II. PERFECCIÓN DE LOS TESTAMENTOS.

1. La capacidad para disponer por testamento.
2. Testigos.
3. Idioma del testamento.
4. Identificación del testador.
5. Del testamento abierto notarial.
6. De los testamentos cerrados.
7. Un modelo de referencia: la Ley Uniforme sobre la Forma del Testamento.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DEL TESTAMENTO: LA VOLUNTAD DEL TESTADOR COMO LEY DE LA SUCESIÓN.

1. Los antecedentes históricos y la desolemnización del testamento.
2. La libre voluntad y su exteriorización: contenido y caracteres del testamento.
3. Formas testamentarias y su clasificación.
4. El testamento como documentación de la voluntad.
5. Relación entre forma e interpretación del testamento.

5.1 *Interpretación jurisprudencial: la forma del testamento como seguridad jurídica con margen de equidad.*

- I) El *favor testamenti* individualizado conlleva a la atenuación del rigor en las formalidades testamentarias.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

Abreviaturas

AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
BGB	Código Civil Alemán
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil Español
CCI	Código Civil Italiano
CE	Constitución Española de 1978
CP	Código Penal Español de 1995
D, 29, I	Digesto, Libro XXIX
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Ed.	Editorial/edición
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LN	Ley Orgánica del Notariado
LO	Ley Orgánica
MF	Ministerio Fiscal
n.	Nota
Núm.	Número
Ob. cit.	Obra citada en bibliografía consultada
p/pp.	Página/s
Párr.	Párrafo
R.	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RD	Real Decreto
RD-L	Real Decreto-Ley
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJN	Revista Jurídica del Notariado
RN	Reglamento Notarial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
ss.	(y) siguientes (páginas)
Trad.	Traducción
T./t.	Tomo
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
vol.	Volumen
VVAA	Varios autores

Introducción

El testamento es un instrumento apto para que la persona ordene el destino de sus relaciones jurídicas tras su fallecimiento. Este destino, que es la finalidad esencial y muchas veces única de la voluntad testamentaria, tiene un interés trascendente. Así, el testamento, como acto jurídico dispositivo, tiene como función primaria proteger y preservar la voluntad individual. El fin a alcanzar parece acreedor de su propio régimen jurídico, pues es el otorgamiento un acto más del individuo que administra su patrimonio y quiere con ello eludir la sucesión intestada o favorecer a determinadas personas.

En cuanto a su regulación, el testamento es la forma prevista por el Código Civil para la exteriorización de la última voluntad; así lo señala el artículo 658 cuando dice que *la sucesión se difiere por la voluntad manifestada en testamento*, y el artículo 667 intenta definir qué es un testamento al señalar que *El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos, se llama testamento* (1). Esta definición es incompleta, ya que sólo destaca alguna de las características del testamento (2).

También tiene importancia para nuestro estudio concretar, en una interpretación del artículo 667 del Código Civil, si únicamente debe entenderse por testamento el que contenga disposiciones de carácter patrimonial: *de todos los bienes o parte de ellos*, reza el Código Civil. En nuestra opinión, el testamento es, sustancialmente, un procedimiento dispositivo de bienes, pero también puede contener disposiciones de carácter personal o familiar, incluso en algunos casos sólo estas últimas, como el reconocimiento de hijos extramatrimoniales o la rehabilitación del indigno. Esta ampliación, más allá de la literalidad del artículo 667, es consecuencia de la simbiosis que conlleva el testamento por su doble aspecto for-

(1) La STS de 8 de julio de 1940 completa la definición de testamento al poner en relación el artículo 667 con el 658, de lo que se desprende que el testamento es un "acto" que tiene como elemento esencial la declaración de voluntad, sujeta a todas las reglas concernientes a las manifestaciones de voluntad con efectos jurídicos. CICU señala como requisito común de las distintas formas consentidas por la Ley la escritura; es decir, que la voluntad se contenga en un documento (CICU: "El testamento", RDP, Madrid, 1959, trad. y notas de M. FAIRÉN MARTÍNEZ, p. 49).

(2) Sin embargo, CASTÁN señala que si bien el artículo 667 puede resultar incompleto, de la regulación del Código pueden deducirse como caracteres jurídicos del testamento el de ser un negocio jurídico *mortis causa* unilateral (art. 667); ser, asimismo, individual (art. 669); personalísimo, pues no puede dejarse al arbitrio de un tercero (art. 670); libre, no siendo válido el hecho con violencia, dolo o fraude (art. 673); formal o solemne, en cuanto es menester que el acto revista determinada forma (art. 687) y esencialmente revocable (art. 737) (CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. VI, vol. 1.º, ed. Reus, Madrid, 1989, p. 467).

mal y sustantivo. Así, en la STS de 22 de diciembre de 1964 se admitió la validez y eficacia de un testamento que sólo contenía el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, sin que se hiciera disposición alguna de bienes ni ninguna otra disposición *mortis causa* (3). No obstante, en virtud del artículo 741, es perfectamente admisible un testamento cuyo único contenido sean disposiciones no patrimoniales. Sin embargo, si bien esto es posible, el mismo artículo 741 del Código nos indica que la esencia del testamento son las disposiciones patrimoniales; pues si el testador decide revocar el testamento, esta revocación no afecta al reconocimiento del hijo en él efectuado. Si después el disponente intenta modificar su voluntad sobre dicho reconocimiento no podrá hacerlo por medio de la revocación, sino a través de la impugnación del mismo (4).

Hasta aquí podemos afirmar que el testamento es forma y contenido, y este contenido que se expresa con la manifestación de voluntad es el fundamento del negocio jurídico testamentario, siempre que esté adecuadamente otorgado (5). A mayor abundamiento, la libertad de testar es una manifestación de la libertad jurídica, por lo que el ordenamiento confiere la posibilidad de disponer para después de la muerte. Y es natural que esta voluntad se manifieste con la capacidad de obrar adecuada y se forme libre de vicios. Por ello, la Ley trata de defender esta libertad, aunque sea solamente el artículo 673 del CC el que lo regula, considerando nulos los testamentos otorgados con violencia, dolo o fraude (6).

(3) Si bien LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho Civil*, t. V, Bosch, Barcelona, ed. 1981, p. 210) duda en cuanto a si constituye testamento el documento que no contenga disposiciones patrimoniales, no lo hace así ALBALADEJO GARCÍA (*Curso de Derecho Civil*, t. V, Sucesiones, Bosch, Barcelona, ed. 1989, p. 209), para quien será testamento aunque no contenga disposiciones patrimoniales.

(4) Bajo esta argumentación, expone CAPILLA RONCERO que la concepción estricta del testamento que se refiere sólo al negocio de disposiciones patrimoniales no es incompatible con el hecho de que, junto al acto de disposición, una parte del contenido de la voluntad del causante expresada en forma testamentaria se enderece a actos no patrimoniales, tales como la designación de tutor, el reconocimiento de hijos, etc. Cabe, por tanto, distinguir entre un contenido típico del testamento, que consiste en la disposición *mortis causa*, y un contenido atípico, consistente en cualesquiera otros actos, manifestaciones, etc., que en la forma testamentaria se contengan, lo que a su vez evidencia la composición formal y material del testamento (CAPILLA RONCERO, F.: *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 101).

(5) PUIG PEÑA (*Tratado de Derecho Civil Español*, V, 1954, ob. cit., pp. 65 y ss.). Al tratarse de un negocio jurídico, la voluntad emitida tiene que serlo por persona capaz de actuar con eficacia en el mundo del Derecho, y que sea una voluntad no viciada; debe ser, además, una voluntad existente y real, pero proyectada al exterior, pues el mundo del pensamiento y del querer interno pertenece al mundo de la conciencia, no al orden jurídico.

(6) Es tan importante el respeto que debe tenerse a la voluntad de quien pretende regular sus intereses para después de su muerte que el CC sanciona con la nulidad a los testamentos otorgados con alguno de estos vicios, e igualmente sanciona al que los ha motivado con la pérdida de la posibilidad de obtener algún beneficio de la sucesión intestada.

En tal sentido, no existe una parte general del Derecho en la que se desarrollen estos conceptos, por lo que los autores señalan que, al considerar el testamento como un negocio jurídico, pueden beneficiarse del mayor tratamiento que de estos conceptos se realiza en la parte de los contratos, aunque con las matizaciones necesarias al tratarse de negocios jurídicos diferentes. Así, CAPILLA nos dice que al utilizar la expresión declaración o manifestación de voluntad implícitamente se está indicando que el testamento entra dentro de la categoría del acto jurídico y más precisamente del negocio jurídico (7).

En este trabajo también nos parece adecuado hacer referencia al momento de la perfección del testamento y al de su eficacia (haciéndolas depender, respectivamente, del momento de la materialización del testamento y del de la muerte del testador); pues será de enorme trascendencia para determinar la verdadera voluntad del testador (8). En la actualidad, la mayoría de la doctrina está de acuerdo en considerar el testamento como un negocio jurídico *mortis causa*, por lo que hasta el momento de la muerte del testador no puede tener eficacia. Sin embargo, para el otorgante es un negocio perfecto desde el mismo momento de su otorgamiento (9), por lo que cualquier modificación de la voluntad testamentaria debe hacerse a través de la revocación, con las mismas solemnidades y características en cuanto a capacidad, falta de vicios, etc., que se exigen para su otorgamiento. Veámoslo.

I. Naturaleza jurídica de los testamentos

1. Concepto y naturaleza del testamento.

Hay tres concepciones fundamentales del testamento: 1.^a En sentido formal; 2.^a En sentido sustancial y amplio, y 3.^a En sentido sustancial y

(7) CAPILLA RONCERO: *Derecho de Sucesiones*, ed. Tirant lo Blanch, 1999, ob. cit., p. 102.

(8) JORDANO BAREA ("El testamento", RDN, núms. 37-38, 1962, p. 57), como veremos, se inclina por adherirse a la teoría que distingue un doble estadio de relevancia jurídica: para la esfera del sujeto de la declaración y para la generalidad. En la esfera interna, de cara a su autor, es un negocio perfecto, cumplido, acabado, que adquiere carácter definitivo apenas formado; para la generalidad, en cambio, el testamento es, como tal, jurídicamente irrelevante en la etapa *ante mortem*. Esta teoría es seguida por la mayoría de los civilistas: así, LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil*, t. V, Bosch, Barcelona, ed. 1981, p. 209); CAPILLA (*Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, ob. cit., p. 103), etc. Para BIGLIAZZI, la peculiaridad del testamento radica en ser un negocio perfecto desde el momento de su formación, pero resultando improductivo en cuanto a sus efectos respecto a terceros hasta el momento de la muerte de su autor (BIGLIAZZI GERI, Lina: *Successioni*, Turín, Utet, 1982, p. 22).

(9) Con la posibilidad de revocarlo —dice GIAMPICCOLO— en caso de variar esa voluntad. (GIAMPICCOLO, Giorgio: *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milán, Giuffrè, 1954. pp. 66 y ss.).

estricto. Según la primera concepción, en sentido formal, el testamento es un documento apto para acoger en sí la múltiple variedad de negocios por causa de muerte admitidos por el ordenamiento. De esta suerte se contempla el testamento como simple acto documental que puede cobijar variadas manifestaciones de voluntad.

Pero junto a esa posible dimensión meramente formal del testamento como documento está la dimensión material o sustancial del testamento como negocio jurídico, en cualquiera de sus dos variantes. La primera es la de la concepción del testamento en sentido sustancial y amplio. Así, se concibe el testamento como un negocio por causa de muerte, de carácter general y contenido variable, patrimonial y no patrimonial (10). La segunda variante es la concepción del testamento en sentido sustancial y estricto. Según esta concepción, el testamento es el negocio jurídico unilateral *mortis causa* típico, por el cual se dispone del patrimonio para el tiempo posterior a la muerte (11).

De estas tres concepciones, la estricta fue superada claramente por la doctrina y el Tribunal Supremo al entenderse posible la disposición *mortis causa* no patrimonial, como tendremos ocasión de comentar al tratar sobre el contenido del testamento; por lo que el concepto de testamento hoy es entendido en sentido amplio, pero sin dejar de lado su concepto formal en cuanto a su documentada recepción o plasmación fáctica.

Con todo, si discutido es el concepto de testamento, no menos lo es el problema de su naturaleza jurídica. Muy diversas teorías se han formulado con el propósito de puntualizar cuál sea la naturaleza y estructura del acto testamentario, por lo que, para mayor claridad en la exposición que sigue, distinguiremos cuatro grupos de teorías:

- A) En el primero estudiaremos las teorías del acto imperfecto, con sus distintas hipótesis.
- B) En el segundo, las teorías que distinguen entre perfección y eficacia del acto.
- C) En el tercero, la teoría del supuesto de hecho complejo, de formación sucesiva.

(10) Ya la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1914 admitió que se pueden consignar en el testamento disposiciones que no tengan relación con los bienes, doctrina que confirman otras sentencias posteriores; luego las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en un testamento son eficaces, aunque falten disposiciones de carácter patrimonial. En tal sentido, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1940 insiste en la idea de que el testamento es esencialmente un acto dispositivo de bienes o derechos.

(11) La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de noviembre de 1944, conceptuó el testamento como "acto solemne, unilateral, revocable, de carácter personalísimo, de disposición «*mortis causa*» de todos o parte de los bienes".

- D) En el cuarto y último, la teoría que distingue un doble estadio de relevancia jurídica en el acto testamentario: frente al testador y frente a terceros.

A la exposición de cada grupo de teorías seguirá el juicio crítico correspondiente, dejando al final sentada nuestra posición.

A) Teorías del acto imperfecto.

Característica común de este grupo de teorías es la de considerar el testamento como acto imperfecto en la etapa *ante mortem*: la muerte del testador señalaría la perfección y eficacia del acto. Así, el testamento queda colocado entre los negocios imperfectos, cuyo supuesto de hecho se completa con la muerte del causante; y, por tanto, sin ningún efecto jurídico (ni derechos ni obligaciones) en tanto que aquél viva. El testamento no existe más que después de la muerte del testador, esto es, después de que éste, al no revocarlo, lo ha convertido en disposición de última voluntad. Veamos algunas de sus hipótesis:

a) El testamento como “proyecto”.

En este orden de ideas está la teoría que concibe el testamento, durante la vida de su autor, como un simple “proyecto”; sobre todo para explicar el carácter de la revocabilidad del acto testamentario. Hasta la muerte del testador sus disposiciones son provisionales, puesto que hasta entonces el testador puede revocarlas; sólo su muerte las torna definitivas. Así, opina ROYO MARTÍNEZ: el testamento es, mientras el otorgante vive, una mera previsión o puro proyecto que ni asigna derechos actuales ni vincula al otorgante a perseverar en su decisión (12).

b) El testamento como “acto en formación”.

Una segunda hipótesis de las teorías del acto imperfecto es aquella que ve en el testamento un acto en vía de formación. Como tal negocio *in devenire* se debería considerar incumplido hasta que la muerte le asigne carácter definitivo (13). La idea del testamento como negocio *in deve-*

(12) Ya antes se han pronunciado en este sentido DE BUEN y NAVARRO AMANDI. El testamento –dice el primero– es sólo un proyecto que alcanza el carácter definitivo el día de la muerte del testador. El testador –afirma el segundo– no enajena sus bienes en el acto de testar, sino que forma el proyecto de enajenación, que no ha de tener eficacia sino desde el momento en que ocurra su fallecimiento: El testamento se reputa hecho en la hora de la muerte y para después de ella (ROYO MARTÍNEZ: *Derecho Sucesorio “mortis causa”*, ob. cit., p. 75).

(13) La sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1927 afirma que “siendo sustancialmente revocable toda disposición testamentaria, según el artículo 737, necesita el vínculo de la ratificación que supone el hecho de ser mantenida; esto es, no revocada por el

nire contempla el testamento como una disposición que comienza con el otorgamiento, continúa cada día por la modificación (o no) de esa primera voluntad del testador y se termina con el fallecimiento del testador, siendo en ese momento en el que hay que considerar la voluntad, que una prudente precaución ha hecho expresar con anterioridad. Bajo esta argumentación, LAURENT afirma que el testamento funciona como ley de la sucesión porque es lícito presumir que el testador perseveró hasta morir en la voluntad manifestada. Así, el testamento presupone y requiere “una voluntad continua y permanente” (14), la cual debe considerarse como subsistente cuando no se pueda probar lo contrario.

c) El testamento como “negocio jurídico con forma fija y voluntad variable”.

En esta hipótesis el testamento no constituye un negocio formal con fijación de la voluntad en un solo momento (el del otorgamiento), sino, por el contrario, consiste en un negocio con un determinado elemento formal y posible variación del elemento volitivo. Así, según LANGE, el testamento no es más que una declaración avanzada de la última intención del testador, declaración que únicamente adquiere sentido decisivo y validez definitiva si es efectivamente sancionada por esa misma intención y en la medida que lo sea. Con otras palabras, el testamento es un negocio jurídico *in itinere*, con voluntad variable hasta el óbito del testador (15).

d) El testamento como “acto jurídico permanente”.

Otra de las teorías del acto imperfecto es la apuntada por CARNELUTTI, que considera el testamento como un “acto jurídico permanente”, que implica la renovación de la voluntad de *momentum in momentum* (16).

Crítica a las teorías del acto imperfecto

Las teorías del acto imperfecto hay que rechazarlas, en primer lugar, porque la revocación, como facultad que reconoce nuestro ordenamiento jurídico, presupone un acto ya perfecto. Revocar un acto que no existe jurídicamente como tal implicaría un absurdo. El acto todavía imperfecto no requiere de la revocación por cuanto que, si el sujeto autor del mismo ha mudado de parecer, es innecesaria la revocación para impedir que

testador, ya que sólo después de la muerte de éste adquiere el carácter jurídico de última voluntad”.

(14) LAURENT: *Principes de Droit Civil*, tomo XI, 3.^a edición, Bruselas, 1878, pp. 511 y ss.

(15) LANGE: *Das recht des testaments*, Tubinga, 1937, pp. 107 y ss.

(16) CARNELUTTI, F.: *Teoría General del Derecho*, trad. F. Javier OSSET, Madrid, ed. Carroggio, 1955, pp. 297 y ss.

se complete el supuesto de hecho; basta simplemente con que aquél desista de continuar el *iter* negocial comenzado.

En segundo lugar, las críticas a estas teorías surgen porque es al momento de la celebración del acto testamentario al que hay que referirse para interpretarlo, valorar su validez formal (art. 687 CC), la capacidad (arts. 665 y 666 CC) y la existencia de una voluntad consciente y libre del declarante (art. 673 CC), siendo indiferentes tanto la sobrevenida incapacidad del testador (art. 664 CC), como la eventual mudanza posterior de su voluntad no traducida documentalmente o mediante revocación expresa o tácita (arts. 738, 739, párr. 1.º, 742 y 869, núms. 1.º y 2.º, CC). En tal sentido, quien otorga un testamento, aunque tenga en cuenta la posibilidad de volver sobre su determinación volitiva, por medio, por ejemplo, de la revocación, no hace un “esbozo de declaración”, sino que quiere expresar la voluntad unilateral, seria y definitiva de disponer *mortis causa*. Por consiguiente, el acto no es la manifestación de un “simple propósito” o “mera intención”, sino la manifestación de un querer efectivo y pleno.

Bajo esta argumentación no cabe hablar de “proyecto”, pues es evidente que, en caso de serlo, el testamento requeriría para devenir eficaz una ulterior manifestación de signo positivo que le asignara carácter definitivo (17). Y el testamento, una vez otorgado, no requiere más que el fallecimiento del testador para alcanzar eficacia jurídica externa. Por eso, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1940 declara que “no es verdadero testamento el acto que aun presentando la forma externa de tal pueda dudarse si constituye un simple esbozo o proyecto y no un acto definitivo; siendo ello una manifestación más de que es la voluntad la esencia del testamento”.

Tampoco puede hablarse de “negocio en continua formación”, porque, como hemos deducido del Código Civil, no se precisa que perdure el elemento volitivo hasta el momento de la muerte. A juicio de LACRUZ: “el ser el testamento una disposición *mortis causa* de última voluntad no quiere decir que sea un simple proyecto o un acto imperfecto hasta el óbito del testador; por el contrario, se perfecciona en el momento de su otorgamiento y la voluntad expresada en él, de no revocarse en forma, debe valer para después de la muerte” (18).

(17) La necesidad de una “presunción de perseverancia” de la voluntad declarada descubre la ficción sobre la que se basa la doctrina del negocio *in devenire* o en vía de formación; primero, porque la revocación presupone un acto perfecto, y segundo, decir, por ejemplo, en caso de incapacidad sobrevenida, que es eficaz la voluntad que ha precedido al estadio de incapacidad es otra ficción, porque ciertamente no se explica bien que un acto del cual la *perseverantia in voluntate* hasta la muerte debería constituir un requisito pueda ser válido cuando no está asistido por una voluntad idónea perseverada.

(18) LACRUZ BERDEJO: *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., p. 40.

Pese a estas críticas, las teorías del acto imperfecto son útiles cuando se mira el testamento desde el punto de vista de los terceros. De cara a éstos, la declaración de última voluntad, hasta la apertura de la herencia, no tiene existencia ni, por tanto, se perfecciona; careciendo de toda eficacia o relieve jurídico. Frente a los llamados y a la generalidad el testamento es un acto imperfecto o *in itinere*; pero no así para el testador. En la esfera de éste el testamento es un negocio perfecto, cumplido, acabado, que adquiere carácter definitivo para su autor apenas formado; negocio, pues, con forma y voluntad fijas; que se materializan en un acto, el del otorgamiento.

B) Teorías que distinguen entre perfección y eficacia del acto testamentario.

Rebatiendo las doctrinas del acto imperfecto, se sostiene que el testamento es perfecto apenas formado; sin embargo, hasta el momento de la muerte es totalmente ineficaz. Se distingue así entre perfección y eficacia: la primera se da una vez otorgado el acto; la segunda, a raíz de la muerte del testador.

La muerte no es, escribe CICU, un elemento que perfeccione el testamento como negocio, sino un elemento que determina la producción de sus efectos jurídicos, sin excluir ninguno, pero sin ninguna eficacia retroactiva sobre el momento del otorgamiento (19). Para TRAVIESAS, el testamento en sí es negocio acabado. La muerte del testador no cambia en nada el querer contenido en la declaración testamentaria. Ese querer tiene existencia y vigor jurídico antes de tal fallecimiento; ahora bien, el testamento no despliega su plena eficacia sino después de este hecho (20). A juicio de OSORIO MORALES, el testamento tiene validez y existencia como tal desde el momento en que se otorga, si bien no despliega su plena eficacia hasta después del óbito del testador; lo que ocurre en ese momento es que se hace ya irrevocable (21). Dentro de esta directriz se considera el evento muerte cual simple requisito legal de eficacia de un negocio ya perfecto desde el otorgamiento, actuando el óbito del testador como *condictio iuris*.

(19) CICU: "El testamento", ob. cit., p. 23.

(20) TRAVIESAS: *El testamento*, ob. cit., p. 102.

(21) OSORIO MORALES: *Manual de sucesión testada*, ob. cit., p. 27. Por lo demás, el testamento se perfecciona, según LACRUZ, en el momento de su otorgamiento. La muerte del otorgante no es un factor que dé validez a las disposiciones de última voluntad; simplemente señala el momento desde el cual producen efectos jurídicos (LACRUZ BERDEJO: *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., p. 40).

Crítica a las teorías que distinguen entre perfección y eficacia del acto testamentario.

Hasta aquí hemos concluido que el testamento es un negocio perfecto desde el momento en que se otorga; pero faltan los efectos característicos del mismo. Es decir, *medio tempore* entre su formación y el evento de la muerte, el testamento no despliega frente a terceros ninguna suerte de efectos, ni siquiera conservativos o preliminares, por lo que puede decirse que frente a aquéllos el acto es jurídicamente irrelevante en la etapa *ante mortem*. En vida del testador, el heredero o legatario no tiene expectativa jurídica en sentido técnico. Ni les compete acción dirigida a la simple constatación de la existencia del negocio, ni tampoco la dirigida a la adopción de medidas conservativas o cautelares. La discrepancia temporal entre perfección y eficacia externa del acto (incluso la preliminar) es, por tanto, total. El evento de la muerte es algo más que un simple requisito legal de eficacia y menos que un elemento constitutivo del negocio.

C) Teoría del supuesto de hecho complejo, de formación sucesiva.

Según BETTI, el testamento constituye un “supuesto de hecho complejo, de formación sucesiva”, integrado por dos hechos heterogéneos: uno es el acto jurídico (la declaración de última voluntad); el otro, un hecho natural (la muerte del declarante). La suma de ambos (declaración de última voluntad y muerte del testador) determinaría la producción de los efectos jurídicos que la Ley liga al testamento (22).

En nuestra opinión, esta teoría, aunque en principio parece exacta, es insuficiente, porque en todo supuesto de hecho complejo el estadio resultante de la pendencia de uno o más elementos sucesivos a la declaración de voluntad ya completa está, o debe estar, caracterizado por la presencia de efectos preliminares; que, como vimos, no concurren en la institución que estudiamos, por lo que descartamos la teoría de BETTI.

D) Teoría que distingue un doble estadio de relevancia jurídica en el testamento: para la esfera del testador y para la generalidad.

No se puede captar la naturaleza o esencia propia del testamento sin distinguir un doble estadio de relevancia jurídica: para la esfera del sujeto de la declaración y para la generalidad. KOHLER decía que con la conclusión del acto de testar se produce un efecto inmediato; el causante de-

(22) BETTI, Emilio: “Teoría general del negocio jurídico”, trad. de MARTÍN PÉREZ, RDP, 1959, pp. 34 y ss.

viene inmediatamente un *testatus*: esto es, ha promulgado una *lex testamenti* (*privata lex* o “Ley de Derecho privado”) que a él mismo le vincula, aunque esté todavía en período de *vacatio* durante la etapa *ante mortem*, pues el testamento es la *privata lex* de la persona para el tiempo de su muerte. Dicha *lex* entrará en vigor para la generalidad (llamados y terceros supérstites) en el mismo momento de la muerte. Pero antes ya tiene relevancia para su autor, hasta el punto de exigírsele su derogación o revocación si quiere impedir o eliminar la ulterior eficacia externa de la *lex testamenti* (23). Estas ideas de KOHLER, que contienen una genial intuición acerca de la verdadera naturaleza jurídica del testamento, han sido más recientemente interpretadas por GIAMPICCOLO, quien —a nuestro modo de ver— enfoca exactamente el problema. Para este autor (24), una vez otorgado, el testamento adquiere relevancia y carácter definitivo para su autor, con todas las consecuencias inherentes (exigencia de la revocación, si aquél quiere impedir o eliminar su posterior eficacia *post mortem*; la valoración de la capacidad y de la formación espontánea y libre del querer con referencia al momento del otorgamiento del acto, como momento decisivo para la interpretación y valoración de la validez formal, y la no influencia de la sobrevenida incapacidad del testador, etc.). En cambio, para la generalidad (esto es, para los terceros), el acto es jurídicamente relevante en cuanto tal (como negocio jurídico) sólo con la muerte del testador. En consecuencia, a dicho momento hay que referir la valoración del requisito de la legitimación, del requisito de la licitud del acto por su contenido y, en general, de todo elemento que tenga que ver con su idoneidad para la realización de sus efectos (como es la posibilidad y licitud del objeto).

En definitiva, con la muerte del testador se determinan los efectos externos del negocio jurídico testamentario, a excepción de que, con la presencia de una modalidad accidental (condición o plazo), los efectos definitivos no puedan seguirse todavía, en cuyo caso se seguirán los llamados efectos preliminares. El deceso del testador actúa, por tanto, como condición para la perfección y relevancia jurídica externa del acto testamentario. Por eso decíamos antes que es algo más que un simple requisito legal de eficacia y menos que un elemento constitutivo del negocio. Así, pues, el testamento, medio *tempore* entre el momento de su formación y el de la muerte del testador, es un acto cumplido y perfecto en cuanto al sujeto autor del mismo; *in itinere* para los terceros.

(23) KOHLER: “Ademtion der legate”, en *Zeitschrif, de Grünut*, VII, pp. 734-735, citado por TRAVIESAS en *El testamento*, ob. cit., pp. 101 y ss.

(24) GIAMPICCOLO, Giorgio: *Il contenuto atípico del testamento*, Milán, Giuffrè, 1954, pp. 66 y ss. y 219 y ss.

A nuestro entender, la comentada irrelevancia jurídica externa “*ante mortem*” del testamento está respaldada por sus requisitos de forma. En efecto, la declaración de última voluntad testamentaria, destinada a tener relevancia para la generalidad sólo después de la muerte de su autor, tiene un particular vehículo emisor (documento privado, ante notario, etc.) que se adapta como instrumento idóneo a la función propia del negocio, siendo adecuado para custodiar la declaración y llevarla al exterior únicamente al tiempo de la muerte del testador. Documento que, en su caso, es custodiado en un protocolo especialmente reservado (“protocolo reservado testamentario”) y anotado en un registro reservado (25). En vida del otorgante se prohíbe al notario permitir la inspección o lectura del testamento o suministrar copia (auténtica o simple) a quien no sea el testador o su apoderado especial. Fallecido el otorgante, sólo quienes son parte legítima, acreditando documentalmente el fallecimiento del testador al notario o por constarle a éste de ciencia propia, pueden obtener copia autorizada o simple, o examinar o leer el protocolo (26). Ni siquiera se consiente hacer patente a los terceros la simple existencia del testamento sin previa presentación del correspondiente certificado de defunción (27). Y lo mismo cabe decir si se trata de un testamento ológrafo que privadamente conserva el disponente. Todo esto se explica porque para los terceros, antes de la muerte del testador, el testamento carece de relevancia: es todavía un simple “hecho” que no existe jurídicamente. Sin embargo, el testamento, aun en el estadio anterior a la muerte, adquiere relevancia precisamente como simple expresión de la voluntad de su autor. Como tal es tutelado por varias normas que tienden a garantizar la espontánea formación del querer, el libre ejercicio de la facultad de revocación o la conservación del documento (28).

En resumen, a la vista de lo expuesto, nos adherimos a la teoría que distingue en la naturaleza del testamento un doble estadio de relevancia jurídica: para la esfera del sujeto de la declaración y para la generalidad. El testamento, así, se nos aparece, en la esfera interna o de cara a su autor, como un negocio perfecto, cumplido, acabado, que adquiere carácter definitivo para aquél apenas formado; para la generalidad, en cambio, el testamento es como tal jurídicamente irrelevante antes del fallecimiento de su autor. Es decir, frente a los terceros, la declaración de última voluntad testamentaria, hasta la apertura de la herencia tras el fallecimiento del *de*

(25) Artículo 34 de la Ley del Notariado y artículos 274 del Reglamento Notarial y 5.º del Anexo II del mismo.

(26) Artículos 17 y 32 LN y 224, 226, 241, párrafo 3.º, 250 y 282 RN.

(27) Artículo 5.º del Anexo II del RN y artículo 179 del RN.

(28) Artículos 674, 756, número 6.º, y 914 CC.

cuius, no tiene existencia ni, por tanto, se perfecciona, careciendo de toda eficacia o relieve jurídico; desde el punto de vista externo o de los terceros, el testamento, entre el momento de su otorgamiento y el de la muerte del testador, es un acto imperfecto o *in devenire*.

2. El testamento: “negocio jurídico” con efectos *post mortem*.

Las obras generales del Derecho Civil dedican amplias páginas al “**negocio jurídico**”, al menos desde que tal concepto se impusiera académicamente en el primer tercio del siglo xx (29). La razón de ello estriba en que la dogmática alemana, ante la falta de Código Civil en su país, se vio obligada en la segunda mitad del siglo xix a construir una teoría general aplicable a todos los actos subsumibles en la autonomía privada (contratos, testamentos, etc.) (30). Pero las disposiciones testamentarias no se pueden incluir de forma general en el régimen de los negocios jurídicos *inter vivos* y bilaterales; régimen que deja libertad amplia a la autonomía de la voluntad.

En tal sentido, para nuestra doctrina (31), varias han sido las causas que justifican que el testamento sea solemne y que únicamente produzca efectos jurídicos cuando está otorgado de la manera prescrita por el legislador, a saber:

- Necesidad de obtener una mayor ponderación y seriedad en el ánimo del disponente.
- Facilidad de prueba.
- Certeza de que ésa es la voluntad del testador.

(29) Frente a la opción codificadora tradicional latina de regular separadamente diversas instituciones (matrimonio, contratos, testamentos, adopción, reconocimiento de hijos, etc.), el BGB se pronuncia para convertir la abstracción en pauta normativa: “Negocio jurídico es —subraya la exposición de motivos del BGB— una declaración de voluntad privada dirigida a la producción de un efecto jurídico”.

(30) Esta circunstancia, y el gusto germano por la abstracción, hizo que finalmente el “negocio jurídico” (*Rechtsgeschäft*), hasta entonces un mero concepto organizador o sistemático, fuera consagrado legislativamente en el BGB de 1900. El modelo legislativo alemán ha sido seguido posteriormente por algunos Códigos Civiles redactados en el siglo xx (baste citar el portugués de 1966). El esquema doctrinal que en su día lo sustentó, sin embargo, ha conocido un éxito sin precedentes: la superación de la dificultad de la lengua alemana por algunos autores pioneros y el conocido poderío ideológico y filosófico de los grandes pensadores germanos del siglo xix hacen que la teoría del negocio jurídico sea importada a otros países, entre los que sobresalen Italia y España. La doctrina francesa, por el contrario, siguiendo su propio Código, ni siquiera utiliza el término. No obstante, es llamativo que con ocasión de la elaboración del nuevo *Codice Civile* italiano de 1942 y pese a la generalizada aceptación doctrinal del negocio jurídico por casi todos los autores transalpinos del momento, este concepto no aparezca por parte alguna en el articulado de dicho Código.

(31) CAPILLA RONCERO, F.: *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., pp. 116 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA: *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., pp. 276 y ss.

Otra cuestión en relación a la cual la disciplina del testamento presenta una importante peculiaridad es en materia de interpretación del acto con naturaleza *mortis causa*. Así es, con el testamento no se pretende armonizar un conflicto de intereses, ni siquiera nacen obligaciones para el declarante, pues al ser revocable no se plantea el problema del contratante que permanece vinculado por el negocio jurídico estipulado. La función, la realidad jurídica sobre la que incide y la situación que crea este acto jurídico presenta unas peculiaridades específicas por el hecho de tratarse precisamente del acto en virtud del cual un sujeto regula su propia sucesión *mortis causa*. En definitiva, la disciplina del testamento no se justifica únicamente por la estructura unilateral y no receptiva del acto, sino esencialmente por la función *post mortem* que está destinado a desarrollar.

En efecto, la particular relevancia de la voluntad del testador no parece vinculada de forma expresa con la naturaleza de los bienes o derechos que configuran la sucesión, sino más en general parecen sometidos al régimen de la sucesión *mortis causa* de los intereses privados, sobre los cuales el sujeto individual goza de un autónomo poder de disposición. Todo ello con independencia de que, evidentemente, esta autorregulación sea posible siempre que se trate de una sucesión de **bienes o derechos disponibles** por parte del testador; fundamento que hunde sus raíces en la naturaleza *mortis causa* del negocio testamentario, más allá de la patrimonialidad o no de los intereses objeto de la sucesión. Así, para la mayoría de la doctrina (32), y también jurisprudencialmente (33), el régimen del testamento será aplicable a todas las disposiciones que formen parte del contenido del otorgamiento como acto *mortis causa* y cuyo objeto esté constituido por *bienes o intereses disponibles y de carácter privado* (34).

Dicho esto, es necesario exponer algunas precisiones acerca de la consideración del testamento como acto o negocio jurídico, ya que esta concepción puede constituir un punto de referencia para delimitar mejor la existencia, significado, alcance y consecuencias del otorgamiento en última voluntad. Es importante, pues, encuadrar al testamento entre las categorías jurídicas a las que pertenece, en las que encuentra fundamento su

(32) PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, ob. cit., pp. 209 y ss.; CICU, A.: "El testamento", ob. cit., p. 120; CAPILLA RONCERO, F.: *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., pp. 113 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA: *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., pp. 274 y ss.

(33) En relación a la **jurisprudencia**, véanse las SSTs de 5-III-1965, 26-XI-1973, 5-VI-1979, 29-I-1985, 10-II-1986, 8-V-1986, 10-IV-1986, 9-VI-1987, 2-IX-1987, 1-II-1988, 17-VI-1988, 3-XI-1989, 25-I-1990, 23-VII-1990, 30-XI-1990, 18-VIII-1991, 2-XII-1991, 23-III-1992, 6-IV-1992, 10-VI-1992, 17-VII-1992, 31-XII-1992.

(34) Lo cual quiere decir que se tratará de disposiciones unilaterales y no recepticias que producirán efectos sólo después de la muerte de su autor.

disciplina particular y que lo separan y diferencian de las demás instituciones jurídicas (35).

Por ello, la consideración de **negocio o acto de última voluntad** implica, en el testamento, ciertos caracteres (36):

— En primer lugar, supone un acto jurídico que está llamado a desplegar su eficacia después del fallecimiento de su autor.

— En segundo lugar, significa que se considera determinante la voluntad expresada como última y unilateralmente por el testador.

— De ello se deduce, en tercer lugar, que la voluntad manifestada puede ser en cualquier momento revocada.

Es importante, pues, poner de manifiesto cómo el acto de última voluntad, en el Derecho Común, queda delimitado en base a su carácter unilateral y al modo de producción de sus efectos. Observamos, por tanto, que el testamento se encuadra en las categorías del negocio de última voluntad, y en estas categorías encuentran fundamento las particularidades que la disciplina del testamento presenta respecto del régimen legal de los demás negocios jurídicos: unilateral, no recepticio, revocable y con efectos *post mortem* (37).

Por lo demás, se ha definido el negocio jurídico de última voluntad como aquel cuya función es la de regular las relaciones patrimoniales y extrapatrimoniales del sujeto para después de su muerte (38). Siguiendo esta línea, la doctrina ha afirmado que el fallecimiento del causante es en estos supuestos un elemento ineludible (39), característico de su función,

(35) La construcción dogmática de estas categorías ha sido llevada a cabo precisamente a partir de una normativa concreta y específica, lo que ha ofrecido al intérprete unos instrumentos que facilitan la comprensión y aplicación de la normativa concreta sobre este acto. Pretendemos valernos de esta construcción consolidada, en doctrina y en jurisprudencia, aprovechándonos de un proceso inductivo ya realizado exhaustivamente por los autores, que sería absurdo ignorar o pretender ampliar, y que nos allana el terreno para comprender la disciplina peculiar de este acto jurídico.

(36) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F.: *Derecho de Sucesiones*, V, ob. cit., pp. 208 y ss.

(37) GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Curso de Derecho Civil. El negocio jurídico*, Madrid, Tecnos, 1969, pp. 109 y ss.

(38) Por tanto, generalmente no producirá ningún efecto patrimonial antes de ese momento (STS de 9-5-1990), aunque sí puede generar efectos no patrimoniales, por ejemplo: reconocimiento de hijos, nombramiento de cargos tutelares, etc.

(39) Véase ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho Civil*, V, ob. cit. (2), Barcelona, 1987, p. 161; GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Curso de Derecho Civil. El negocio jurídico*, Madrid, Tecnos, 1969, p. 110; LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F.: *Derecho de Sucesiones*, V, ob. cit., pp. 208 y ss.; PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, volumen I, ob. cit., pp. 86 y ss.

condictio iuris y presupuesto legal (40). En este sentido, el negocio testamentario, como acto *mortis causa*, es el acto cuya finalidad consiste en **ordenar una situación relevante jurídicamente después del fallecimiento del testador** (41). Por lo que el testamento, como negocio de última voluntad o acto *mortis causa*, tiene como función propia la de servir de **medio material para la proyección de las relaciones y situaciones que surgen con el fallecimiento del causante o que desde su muerte adquieren naturaleza autónoma**.

3. Testamento y forma en el CC.

El concepto de negocio jurídico es una abstracción obtenida fundamentalmente a partir del contrato, cuyos presupuestos y régimen no se ajustan totalmente al testamento. En tal sentido, reconoce la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1964 que el régimen testamentario es preciso inducirlo de diversos preceptos, "sin que pueda reputarse aplicable íntegramente a los testamentos la doctrina general sobre la nulidad de los negocios jurídicos, por ser aquéllos unos negocios de estructura unilateral y comprensivos de declaraciones no recepticias" (42).

Por eso, los autores que han tratado sobre el negocio jurídico han hecho siempre salvedades para el testamento en puntos como el error, la causa, la interpretación, la nulidad, etc. Para GALGANO, se puede calificar al testamento como negocio jurídico, pero ello sólo tiene un valor puramente descriptivo, por lo que no es posible extender al negocio jurídico testamentario las normas del negocio jurídico contractual (43), ya que si

(40) En este sentido véase RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia: *Las prohibiciones de impugnar el testamento en el CC español*, Universidad de Granada, 1986, p. 79.

(41) PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, volumen I, ob. cit., pp. 85 y ss.

(42) (R.5080). En igual sentido se pronuncian las sentencias de 26 de noviembre de 1968 (R.5542) y 3 de octubre de 1979 (R.3235).

(43) LA UTILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO. Actualmente en Alemania, Italia y España sigue existiendo una disputa doctrinal acerca de la pertinencia o inoportunidad de mantener la teoría general del negocio jurídico, cuestión que evidentemente debe ser planteada de forma diferente bajo el régimen del BGB y del CC Español, ya que en aquél el negocio jurídico es un referente normativo de necesaria consideración, mientras que en nuestro ordenamiento jurídico es, en todo caso, una mera referencia sistemática para referirse al conjunto de actos jurídicos que encuentran su fundamento en la autonomía privada. No es de extrañar, por tanto, que el recurso al *nomen iuris* de negocio jurídico se encuentre generalizadamente aceptado tanto por la doctrina cuanto por la jurisprudencia patrias. En efecto, nuestros autores han aportado destacadísimas obras, ora sobre el negocio jurídico en general, ora sobre aspectos monográficos del mismo, destacando que su análisis supone la **superación de la fragmentación del régimen normativo de las diversas instituciones jurídicas** (matrimonio, contratos, testamentos, etc.) y, por tanto, un grado superior de elaboración metodológica. Por su parte, la jurisprudencia acude con alguna frecuencia al uso del término en muchas de las sentencias; no obstante, en la

se compara el contrato con el testamento se deduce que en el testamento se atribuye a la voluntad un rol absolutamente distinto que en el contrato, por lo que constituye "una tarea vana buscar un denominador común que permita subsumir el uno y el otro dentro del concepto unitario de negocio jurídico" (44). CAPILLA, por su parte, afirma que los autores que definen la autonomía privada (cuyo vehículo es el negocio jurídico) como poder de autorregulación de las propias voluntades están excluyendo al testamento, por cuanto no vincula al testador y porque no sirve para regular sus intereses, pues ellos desaparecen con su muerte (45).

En este sentido, la STS de 8 de julio de 1940 pone de manifiesto que el testamento "constituye un acto o negocio jurídico que tiene como elemento esencial una declaración de voluntad sujeta a todas las reglas generales concernientes a las manifestaciones de voluntad con efectos jurídicos. No obstante, esta aplicación no puede ser absoluta, ya que entre el contrato y el testamento se dan fundamentales diferencias, debido principalmente al carácter del testamento como negocio jurídico no recepticio y de estructura unilateral, en el que domina prevalentemente la voluntad real del otorgante".

Sin embargo, doctrinalmente, a pesar de reconocer la falta de adecuación del testamento como negocio jurídico y a pesar de advertir disfunciones en la figura negocial cuando se quiere hacer entrar en ella al testa-

mayoría de los casos, semejante utilización es puramente gramatical o semántica; para evitar reiteraciones o redundancias. Desde otro punto de vista se destaca que la construcción conceptual del negocio jurídico en nuestro sistema normativo sólo es posible realizando una generalización de las disposiciones normativas referentes a los diversos contratos y, sobre todo, al contrato en general; ampliando posteriormente dicha generalización con la consideración de otras instituciones concretas, como el matrimonio, la adopción, los testamentos, etc. Una vez conseguidos, por abstracciones sucesivas, los rasgos comunes de las instituciones apuntadas se estructura la teoría general del negocio jurídico, para pasar de inmediato a la necesidad de distinguir entre los "negocios jurídicos familiares" (de Derecho de familia), los "**negocios jurídicos testamentarios**", los "negocios jurídicos contractuales", etc. Conforme a ello, la elaboración doctrinal del negocio jurídico en el Derecho Español es, en cierto sentido, infructuosa: calificar, por ejemplo, al testamento de negocio jurídico no añade ni quita nada al propio régimen jurídico del mismo; pues en definitiva más que de su denominación o de su conceptualización teórica dicho régimen dependerá en exclusiva de las normas legales existentes sobre el particular. Ante semejante crítica, y dado el desarrollo académico que actualmente alcanza la temática del negocio jurídico, nosotros pensamos, sin embargo, que el estudio del negocio jurídico, teórico por naturaleza en nuestro sistema normativo, conserva el innegable valor de servir como estudio introductorio para el análisis posterior de las distintas instituciones de nuestro ordenamiento jurídico; con lo cual la utilidad del concepto se da por demostrada y suficientemente justificada.

(44) GALGANO, Francesco: *El negocio jurídico*, trad. Francisco DE BLASCO GASCÓ y Lorenzo PRATS ALBENTOSA, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, ob. cit., pp. 534-536.

(45) CAPILLA RONCERO: *Nulidad e impugnabilidad*, ob. cit., p. 5, n. 2. Véase también DE CASTRO: *El negocio jurídico*, ob. cit., pp. 50-51, 195, 280-281, 501-502; LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, tomo V, ob. cit., pp. 207 y ss. (ed. 1981), pp. 182 y ss. (ed. 1993).

mento, es preciso seguir incluyendo a éste en ella; aunque sea como medio para integrar su sistema jurídico (46). No obstante, al no ser el negocio jurídico una categoría legal, sino meramente doctrinal –a diferencia de lo que sucede en el Derecho alemán–, llegado el momento litigioso no podrán subsumirse los supuestos de hecho testamentarios en el referido régimen negocial, por no existir tal, y no habrá más remedio que practicar la analogía con las reglas del contrato. Pero habrá que actuar con sumo cuidado para negar, cuando corresponda, la “identidad de razón” o la posible analogía entre ambas figuras jurídicas.

Ante tal circunstancia cobra especial relevancia **el artículo 687** (47), que, en principio, sólo es aplicable al testamento (48), teniendo en cuenta que el Código únicamente admite este acto jurídico como forma de disponer *mortis causa* (art. 658 CC). Por lo demás, hay que tener en cuenta que el propio texto legal contiene algunas posibilidades de disponer contractualmente: como los supuestos relativos a la mejora (arts. 826 y 827); o la llamada donación de bienes futuros para caso de muerte, hecha por un esposo a otro en capitulaciones matrimoniales (49).

(46) De esta opinión son la mayor parte de los autores, así, GALGANO: *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 564. Por su parte, DÍEZ-PICAZO, ante la no regulación de la ineficacia testamentaria, afirma que hay que acudir para llenar este vacío “a la aplicación analógica de la normativa de la ineficacia contractual, aunque sin olvidar la distinta naturaleza y estructura del testamento y del contrato, que impedirá una traslación mecánica” (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, IV, ob. cit., p. 445). CAPILLA también supera los recelos y, siguiendo a RUGGIERO, propugna no desvincular el testamento de la teoría general del negocio jurídico (CAPILLA RONCERO: *Nulidad e impugnabilidad*, ob. cit., p. 6).

(47) Haciendo un inciso histórico diremos que el artículo 687 procede del artículo 682 del Anteproyecto de 1888 (“Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado todas las formalidades respectivamente establecidas en las secciones siguientes.”), que tiene a su vez como precedente el artículo 588 del Proyecto de 1851 (“La inobservancia o falta de cualquiera de las solemnidades prescritas en ésta y en la anterior sección anula el testamento”) y como antecedentes más remotos a los artículos 2325 y 2331 del Proyecto de AYUSO, TAPIA y VIZMANOS (Proyecto de 1836); respectivamente del siguiente tenor literal: “Será nulo el testamento: [...] 3.º Cuando faltare cualquiera de los requisitos que, según su clase, debe tener el testamento con arreglo a lo dispuesto en el capítulo III de este título”; “Se tendrá por válido todo testamento o disposición particular de él mientras no conste por notoriedad o se probare existir causa para declarar la nulidad o invalidación: lo mismo sucederá si no se hubiere entablado por los interesados reclamación alguna durante un año después de haberse publicado el testamento”.

(48) Cabe preguntarse si, a pesar de lo expresado por el artículo 687 (ámbito reducido a “este capítulo”), dicho precepto es aplicable a otras formas testamentarias no reguladas en el Código Civil: esto es, los testamentos por comisario vizcaíno y gallego, por ejemplo. Pues bien, la nulidad de estas especies testamentarias cae bajo el imperio del artículo 687 al no estar prevista su nulidad en las correspondientes legislaciones territoriales. De hecho, hay jurisprudencia que ha aplicado la referida norma a aquellas especies testamentarias.

(49) (Art. 1341). Hasta la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias (Ley 19/1995, de 4 de julio), y durante casi catorce años, fue posible el pacto sucesorio en el ámbito de las explotaciones familiares agrarias, al haber sido introducido por la Ley del Estatuto de la

Y también es preciso tener presente que las **legislaciones forales** admiten otras formas no testamentarias de disponer *mortis causa* [pacto sucesorio, donación *mortis causa*, etc. (50)]; siendo así que algunas de estas legislaciones carecen de norma relativa a la nulidad de las disposiciones por causa de muerte, porque les es subsidiariamente aplicable el Código Civil en la medida que lo permita su sistema de fuentes (51).

Llegados a este punto conviene hacer mención a **la forma en el Código Civil**. Así, el artículo 1278 CC es congruente con lo dispuesto en la Ley de Bases (base 20) que ordenaba conservar en el Código el principio según el cual el vínculo obligatorio nace del consentimiento expresado en cualquier forma. Del referido precepto se desprende no sólo que los contratos son, como regla, válidos, sin necesidad de observar una forma específica, sino que, concurriendo los requisitos necesarios para su validez, tienen *eficacia obligatoria y vinculante*, que es la eficacia básica y general a todo negocio jurídico. Ahora bien, ¿en qué consiste la eficacia obligatoria que despliegan los actos jurídicos con independencia de su forma de celebración?

Si se relaciona el artículo 1278 CC con el artículo 1258, según el cual la perfección del contrato y el consiguiente nacimiento de obligaciones tiene lugar en el momento de la prestación del consentimiento, resulta que las obligaciones que genera todo contrato una vez perfeccionado por el consentimiento, manifestado en cualquier forma, son las que expresamente conforme a la buena fe, al uso y a la Ley se deriven de la propia

explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes (Ley 49/1981, de 24 de diciembre), derogada hoy por aquélla.

(50) DE CASTRO mantiene que estas figuras (pactos sucesorios, donaciones *mortis causa*...) admiten la anulabilidad, lo que niega para el testamento (DE CASTRO: *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 503, n. 13).

(51) DERECHO FORAL: En el **Derecho de Vizcaya**, los pactos sucesorios (arts. 74 y ss. de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco, 3/1992 de 1 de julio); en el Derecho **aragonés**, los pactos sucesorios regulados en los artículos 99 y ss. de La Compilación, Ley 3/1985, de 21 de mayo; en el Derecho **balear**, las donaciones universales de los artículos 8 y ss. y 72 y ss. de la Compilación (Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre), y en el Derecho **gallego** son el derecho de labrar y poseer, regulado en los artículos 130-133 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia. El **Derecho catalán**, en cambio, contiene norma propia, relativa a la nulidad de los testamentos, codicilos y memorias testamentarias (arts. 125 y ss. del Código de Sucesiones por causa de muerte, Ley 40/1991, de 30 de diciembre), pero no es aplicable a la donación *mortis causa*, ni a los heredamientos (arts. 392-396 y 67 y ss., respectivamente, del Código de Sucesiones). En cambio, en la **Compilación navarra**, que admite otras formas de delación voluntaria distintas del testamento, la nulidad regulada lo es para la disposición *mortis causa* en general: la Ley 206 sanciona con la nulidad a “los testamentos y demás disposiciones *mortis causa* en cuyo otorgamiento no se hayan observado los requisitos previstos por la ley”. Aplicable, por tanto, también a los pactos sucesorios y a las donaciones *mortis causa* (Leyes 186 y ss., y Ley 167, respectivamente, de la Compilación de Navarra, Ley 1/73, de 1 de marzo).

naturaleza del contrato. Por consiguiente, el nacimiento de las obligaciones propias del contrato, o del testamento en nuestro caso, no queda supeditado a la celebración de éste en una concreta forma.

En los debates que siguieron a la publicación de la primera edición del Código Civil afirmaba GAMAZO que el artículo 1278 era consecuencia inexcusable de la base en que se consagraba la doctrina del ordenamiento de Alcalá, según la cual los contratos eran obligatorios aunque carecieran de toda solemnidad, y decía, replicando a AZCÁRATE, que consideraba el precepto superfluo (52). La forma exigida para hacer efectivas las obligaciones propias de un negocio jurídico sería, pues, la requerida para probar la existencia de tal, y necesaria, por tanto, para exigir su cumplimiento y obtener la *efectividad* de las obligaciones, ya sean uni o bilaterales (testamento, contrato...).

Ahora bien, entendemos que la forma pública en algunos negocios jurídicos se dirige a facilitar un medio de prueba de la existencia de actos de cierta trascendencia, sobre todo frente a terceros, como ocurre en el testamento. El constar en escritura pública era exigencia formal que se justificaba indicando que tal acto u obligación afectaba a los acreedores o a terceros y, por tanto, era necesario dotar el negocio (testamentario, contractual, etc.) de una cierta fehaciencia. La exigencia de escritura pública prevista así no puede considerarse forma *ad solemnitatem* del negocio. Tampoco es indispensable, en nuestra opinión, para que pueda ser opuesta a terceros.

Bajo esta argumentación, si partimos de la finalidad, la necesidad de forma pública tenía como fin prevenir el fraude impidiendo que se pudiese alterar el contenido del testamento. Es notorio, sin embargo, que para cumplir esta finalidad no es necesario imponer la prescripción formal bajo pena de nulidad; de hecho, el único argumento que se considera suficientemente contundente para justificar el carácter solemne del testamento era el derivado de entender que, dada la complejidad de éste, en el que habitualmente se establecen, además de otros, el régimen sucesorio económico, precisaba el testador el consejo y asesoramiento de un notario: al otorgar la escritura el testador opta por un modo o forma de consentimiento, ya que, si bien un negocio no puede tener más que un consentimiento y una causa, puede tener diversas formas.

Esta idea es coherente con el clásico principio espiritualista vigente en el Derecho castellano: los contratos obligan con independencia de su forma de celebración (53), siempre que reúnan las condiciones esenciales de

(52) GAMAZO: *Diario del Congreso*, 9 de abril de 1889, número 90, p. 1701.

(53) La fuerza obligatoria del consentimiento venía establecida en el artículo 1271 del Anteproyecto del CC, que disponía: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento".

su validez. El artículo 1274 del Anteproyecto sólo consideraba como requisitos esenciales del contrato el consentimiento, el objeto y la causa. Concurriendo tales requisitos, el contrato reunía las condiciones necesarias para su validez; entre las que no se encontraba la forma (54).

En nuestra opinión, no cabe duda de que el artículo 1278 del CC establece el principio de libertad de forma en materia contractual. Conforme a dicho precepto, todo contrato es obligatorio con independencia de su forma de celebración; sin embargo, la forma escrita –especialmente la pública– proporciona importantes ventajas (55); por ejemplo, facilita la prueba (56). Así, entendemos que el Código recoge un elenco de posibilidades de otorgamiento (cerrado, abierto, especial, ológrafo...) sin que haya que entender que tales posibilidades son las únicas, sino más bien constituyen un conjunto de normas que no delimitan las posibles formas de manifestación de la última voluntad.

Para terminar, queremos hacer constar que los requisitos de forma que exige la Ley tienen que observarse también en cualquier otro documento que se pretenda sea aclarativo de lo establecido en el testamento. Lo señala el Código en su artículo 672 sobre las cédulas o papeles privados, que serán nulos si no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo. Así se puso de manifiesto en un litigio que dio lugar a la STS de 28 de enero de 1928. La disponente en su testamento aludió a la posibilidad de que se encontrara entre sus papeles una memoria, pero se encontraron nueve. El Tribunal considera que todas cumplen los requisitos de forma al estar escritas, firmadas, datadas y ser complementarias, por lo que manifiesta que no infringen ninguna formalidad de las establecidas en el Código. Más recientemente en la sentencia del TSJ de Cataluña de 15 de enero de 1995 se puede contemplar el supuesto de unas memorias testamentarias que no cumplían los requisitos exigidos por la Ley (57).

(54) En definitiva, la prestación del consentimiento hace nacer el vínculo obligacional, la necesidad de documentar el contrato para exigir judicialmente su cumplimiento supone coartar la libertad de contratación.

(55) VÁZQUEZ BOTE: "Sobre el artículo 1279 del Código Civil", en RGLJ, 1970, tomo 61, pp. 835 y 836, indica que "todas las formas son útiles" y "la forma si no es útil es una carga".

(56) Debe distinguirse el nacimiento de la obligación de la posible prueba de la misma: refiriéndose a esa circunstancia observaba GUTIÉRREZ que "sin perjudicar lo más mínimo la libertad de contratación, la ley ha tenido necesidad de exigir determinadas formas para verificar ciertos contratos, único medio de que se llenen o cumplan las condiciones exigidas por otras leyes" (Benito GUTIÉRREZ, *Diario del Senado*, 27 de abril de 1885, núm. 110, p. 425).

(57) La S. de 15 de enero 1995 del TSJ de Cataluña está motivada por un litigio en el que se discutía el valor interpretativo de unas Memorias testamentarias. En dichas Memorias el causante establecía un legado a favor de su segunda esposa, valorado en casi un millón de euros (correspondiente a toda su obra pictórica), y como en el Derecho Catalán, al regular las

4. Solemnidad y forma.

Todos los preceptos legales —dice ONECHA SANTAMARÍA (58)— descansan en ciertos condicionamientos que se hallan implícitos por debajo de las formas que tratan de asegurar la autenticidad del testamento. Por eso la exigencia de ciertas formalidades es solamente la expresión de una necesidad que no aparece formulada explícitamente, pero que actúa como idea básica para que fehacientemente se refleje y mantenga la verdadera voluntad dispositiva. De este modo, el repertorio de formas se limita a los casos en que se da una necesidad efectiva de la que el formalismo es manifestación. Se establecen unos requisitos como expresión de una exigencia sentida y en previsión de la función que van a desempeñar activamente.

El conjunto de solemnidades o formalidades que establecen el marco en el que se desenvuelve el acto (dispositivo, en nuestro caso) tiene en cuenta el papel que cada una ha de cumplir y el eficaz rendimiento que su observancia proporciona. Por eso las formas han de ser limitadas y se exigen con carácter necesario en función del valor esencial que cumplen. Donde estas condiciones no se dan, la formalidad ya no es precisa, porque el principio de simplicidad condiciona el modo de celebrarse el acto y aconseja reducir al mínimo el número de formalidades, para así facilitar su conclusión y restringir las posibilidades de ineficacia por inobservancia de alguna de las formas exigidas con valor constitutivo.

Por tanto, toda solución legal se mueve entre dos exigencias contrapuestas. Por una parte, la necesidad de un reconocimiento de las garantías precisas para los interesados y, por otra, el anhelo hacia una simplicidad en las formalidades. El problema está en reducir éstas sin menoscabo de aquéllas; por eso las posibilidades de supresión o simplificación únicamente pueden darse en aquello que sea adicional o complementario; siempre en lo que fuere inútil o contrario a los fines del acto y nunca cuando corresponda a una necesidad imperiosa. Así, las distintas partes que integran un acto aparecen ordenadas en relación con un fin, y dentro de su estructura compleja se mantiene la unidad gracias a la trabazón o coordinación de todos los requisitos formales, cada uno de los cuales debe

Memorias Testamentarias, se establece que no pueden exceder de la vigésima parte del caudal relicto (art. 107 de la Compilación y art. 123 del Código de Sucesiones de Cataluña), el Tribunal declara la ineficacia no subsanable de la Memoria, y sobre la voluntad del testador afirma: "que para que esta voluntad hubiese sido legalmente relevante y pudiese ser objeto de interpretación, tenía que haberse cristalizado de una manera correcta y adecuada, y sólo si concurriese este presupuesto formal inexcusable podría entrarse en la labor de interpretación de la voluntad".

(58) ONECHA SANTAMARÍA, Carlos: "Garantías de autenticidad de los testamentos", RGLJ, tomo LXII (230 de la colección), 1971, pp. 682 y ss.

desempeñar un papel determinado. Su necesidad en el marco general de la regulación legal la acredita el hecho de que en el caso de llegar a ser suprimido alguno de ellos podría ir en detrimento de la auténtica disposición. Toda postura legislativa que se haga cargo e incorpore esta concurrencia de imperativos deberá adoptar una solución transaccional o de equilibrio, que sin merma de las precisas garantías formales y materiales haga del acto un medio ágil, breve y expeditivo.

Así, atendiendo a la concurrencia de la acción recíproca de estas fuerzas condicionantes, se puede apreciar cómo se frenan y limitan mutuamente, siendo la contemplación del fin perseguido por el acto y la función desempeñada por las formas los factores que dictan la medida y conveniencia de las solemnidades formales, que deben estar auspiciadas por los límites indispensables y suficientes para salvaguardar la última voluntad. En base a ello, debe la Ley velar, con la adopción de las debidas garantías, para que la voluntad del testador que se va a conocer responda a sus verdaderos deseos; y una vez conocida se adoptarán las medidas necesarias para su conservación y efectividad. Por tanto, la observancia de unas determinadas formalidades en la declaración de voluntad del testador constituye la denominada "solemnidad del testamento". Pero, como sabemos, éste no es un negocio jurídico de una sola forma, sino que existen para él pluralidad de ellas; diversidad de vehículos para la expresión de la última voluntad.

Así, las solemnidades pueden clasificarse en orden a su generalidad o especificidad: por ejemplo, CASTÁN (59) distingue entre las solemnidades generales del testamento y las solemnidades del testamento abierto ante notario (60). Igualmente, se ha distinguido entre requisitos subjetivos y requisitos formales. Pero esta distinción induce a cierta confusión, puesto que los requisitos que se llaman subjetivos pueden ser también requisitos de forma (61).

(59) CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil español común y foral*, tomo 6, volumen II, ob. cit. (2), Reus, Madrid, 1979, pp. 51 y 87 y ss.

(60) De esta distinción resultan:

A) Solemnidades generales del testamento:

- a) La intervención de testigos. (Después de la reforma de 1991 ya no se puede predicar con carácter general.)
- b) La identificación del testador.

B) Solemnidades del testamento abierto ante notario:

- a) La apreciación de la capacidad del testador.
- b) La presencia de notario.
- c) La manifestación de la voluntad del testador.
- d) La redacción, lectura y firma.
- e) La unidad de acto.
- f) La dación de fe del cumplimiento de las formalidades legales.

(61) De esta opinión es RIVAS MARTÍNEZ, J. J. ("El testamento abierto otorgado ante

Una clasificación que tiene en cuenta la diferencia entre el testamento como acto y como documento es la que hace VALLET (62), quien distingue entre:

A) Solemnidades del otorgamiento:

- a) Unidad de acto.
- b) Intervención de notario.
- c) Concurrencia de testigos.
- d) Identificación del testador.
- e) Juicio de la capacidad del testador.
- f) Otorgamiento de la voluntad del testador: lectura, conformidad y firma.
- g) Dación de fe y autorización por el notario

B) Formalidades del documento (menciones y específicas daciones de fe que debe hacer el notario). Al testamento abierto ante notario le son exigidos ciertos requisitos como acto (negocio) y como documento (escritura pública). Estos últimos vienen, como los anteriores, establecidos por el Código Civil y no por la legislación notarial, pero deben integrarse y completarse con las normas notariales contenidas en la Ley y en el Reglamento Notariales.

Así, el artículo 143 del **Reglamento Notarial** establece en su segundo párrafo: “Los testamentos y actos de última voluntad se regirán, en cuanto a su forma y requisitos o solemnidades, por los preceptos de la legislación civil, acoplándose a los mismos la notarial, como norma supletoria en todo cuanto no implique modificación de aquéllos” (63).

Al hilo de tal regulación BLANQUER puntualiza que “el notario tiene que ajustarse a su legislación, tanto en cuanto a formalidades de fondo –del negocio– como en cuanto a las formas –del instrumento público en su dimensión documental–, conforme al principio *auctor regit actos*; sólo así el testamento abierto notarial será instrumento público. Como es natural, atenderá a las normas rectoras de la sucesión en cuanto a los requi-

notario después de la Ley de 20 de diciembre de 1991”, ob. cit., pp. 25 y ss.), que considera la presencia del testador como requisito (subjetivo), cuando realmente no es tal, equiparable a la presencia del notario o a la de los testigos. La concurrencia del testador no es requisito, es presupuesto necesario; salvo para el caso del “testamento internacional”. Al respecto, véase MARTOS CALABRÚS, M. A.: *Las solemnidades del testamento abierto notarial*, Comares, Granada, 2000, pp. 7 y ss.

(62) VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “Panorama del Derecho de sucesiones”, *Perspectiva dinámica*, volumen II, Civitas, Madrid, 1984, pp. 38 y ss.

(63) En el mismo sentido se manifiesta la STS de 1 de diciembre de 1927.

sitos materiales para la validez y eficacia de las disposiciones de última voluntad" (64).

En resumen, como ya hemos afirmado, la forma se constituye de una serie de requisitos que llamamos formalidades o solemnidades. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la diversa terminología que emplea la doctrina, la jurisprudencia y el propio Código Civil ("formalidad", arts. 687, 699 y 715; "solemnidad", arts. 705 y 707; "requisito formal", art. 672 del CC) es equivalente (65). Mas lo que el legislador ha pretendido con la exigencia de formalidades testamentarias es la producción de un concreto efecto *post mortem*: dar cumplimiento a la esencial voluntad del finado. Pero veamos por separado los distintos requisitos que exigen nuestras leyes para la perfección de los testamentos; pues ello nos servirá para justificar y conocer el régimen jurídico del testamento y la influencia que en éste tiene la voluntad del testador.

II. Perfección de los testamentos

1. La capacidad para disponer por testamento.

La capacidad para otorgar testamento es una cuestión de difícil aplicación y constituye uno de los problemas que más repercusiones prácticas tiene y de más difícil solución; habida cuenta de que la incapacidad para testar es más amplia que la incapacidad para contratar, ya que el artículo 663.2 del CC preceptúa que no podrán otorgar testamento los que habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio. O sea, no sólo los incapaces, sino también todos aquellos que en el momento de otorgar testamento no tengan verdadera conciencia del acto dispositivo, aunque no estén afectados por ninguna deficiencia mental. De ahí que, en ocasiones, se plantee el problema de si efectivamente las cuestiones que suscita un determinado testamento son de capacidad o de interpretación.

No se puede olvidar que la Ley no exige al notario "una aseveración de la capacidad del testador con certeza absoluta", porque la fe pública lo que ampara es la creencia del notario de que el otorgante es capaz y no la realidad de que lo sea. Pero es que, además, el notario no es un

(64) BLANQUER UBEROS, Roberto: "Comentario de los artículos 694 a 705", *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1755.

(65) En este sentido, TORRES GARCÍA, Teodora: "El testamento ológrafo", ob. cit., Madrid, Montecorvo, 1977, pp. 166 y 167. Las SSTs de 12 de febrero de 1891, 4 de abril de 1895 y 6 de abril de 1896 también han declarado esa equivalencia terminológica.

experto en esta materia, por lo que, si duda sobre la capacidad del testador, lo idóneo para evitar tanto problemas de impugnación como problemas interpretativos es acudir a todos los medios posibles que le lleven a cerciorarse realmente de si existe capacidad para otorgar testamento. En particular, será necesario, en determinados casos, pedir la asistencia de peritos en la materia, porque, si no, no podrá el fedatario cumplir con la obligación de asegurarse de que el testador tiene la aptitud para testar que le impone el artículo 685 del CC. En base a ello, como veremos, el notario podrá, siempre que lo considere oportuno, acudir al dictamen de los facultativos que prevé el artículo 655, aunque no exista incapacitación declarada judicialmente; pues todo medio que ayude al fedatario público a cumplir su misión será positivo.

Así, en la STS de 30 de enero de 1997 (66) un error en la designación de la persona nombrada da lugar a la necesidad de la interpretación sobre cuál fue la voluntad del testador. Pero, ¿qué produce el error en la designación? Los hechos pueden resumirse de la siguiente manera: mediante testamento abierto, don F. A. V., tres días antes de morir y en condiciones de grave deterioro físico, designó como sus herederos en partes iguales a cuatro primos lejanos nombrándolos con unos determinados nombres y apellidos. De los cuatro primos, sólo dos pudieron ser identificados, si bien en ellos coincidían los nombres, pero no sus apellidos. Por otro lado, el mismo notario advierte en dicho acto la dificultad de pronunciación del testador. Ante tal circunstancia, los primos carnales del testador piden que se declare la nulidad del testamento, al ser llamados personas inciertas, y que se les reconozca su condición de herederos abintestato. El Juzgado de primera instancia rechaza la demanda y considera a uno sólo de los primos lejanos del testador como heredero, porque en él coincide el nombre y uno de los apellidos. Apelada la sentencia tanto por los primos carnales como por otra de las primas lejanas en la que coincidía el nombre, la Audiencia consideró que la pretensión de esta última debía ser también atendida (su decisión se basa sobre todo en las pruebas extrínsecas) y la de los primos más próximos rechazada.

Pero el TS no admite el recurso de estos últimos; pues afirma que en este caso se produce un error obstativo que la interpretación logra despejar descubriendo la realidad de la voluntad inexactamente manifestada. Mas, verdaderamente, el problema es muy otro: se otorga testamento abierto, forma testamentaria que se basa en la expresión clara, oral o por escrito, recogida por el notario, que debe leerla, prestando su conformidad el declarante (art. 695 del CC). Aquí existe una declaración de voluntad oral, quizá por no poder escribir el testador (dado su deterioro físi-

(66) R. 159.

co), pero tal declaración de voluntad es tan confusa que el propio notario lo advierte específicamente así. El problema reside en que al leer el notario dicho testamento el testador no manifiesta disconformidad alguna, lo que sólo puede reflejar una de estas dos cosas: o bien que el testador está sordo (no puede hablar bien, no se puede expresar por escrito, ni oye, luego no es apto para el testamento abierto), o bien carece de entendimiento o lucidez para advertir el error del notario que menciona a sus herederos con inexactitud, en cuyo caso la capacidad general para testar (art. 666 del CC) es la que queda en entredicho (67).

Vemos, por tanto, que un problema que en principio se califica como de capacidad, se resuelve convirtiéndolo en un problema de interpretación. Quizá la base o el trasfondo de esta solución sea el principio del *favor testamenti*, que está claramente presente en la Ley. Pero la aplicación de éste no puede servir de excusa, ya que, antes de interpretar, se hace preceptivo examinar si realmente hay voluntad que sirva de base a la tarea hermenéutica, porque si el testador se encuentra con sus condiciones físicas y psíquicas muy deterioradas puede ser que estemos ante un caso de incapacidad para testar, que debe ser lo primero a valorar.

De ahí que, ante un posible problema interpretativo por las circunstancias en que se manifiesta la voluntad testamentaria, la primera tarea es considerar si existió o no verdadera capacidad para manifestar dicha voluntad, ya que, si ésta no existió, carece de sentido entrar en la interpretación de las distintas cláusulas del mismo. Y ello sin perjuicio de reconocer que con frecuencia los problemas interpretativos se presentan por un déficit de capacidad que, sin embargo, no tienen intensidad tal como para anular el testamento por falta de capacidad, con lo que los dos problemas se mezclan.

Pero, volviendo sobre la capacidad, una de las principales cuestiones en la que la normativa del testamento se separa claramente de la disci-

(67) Esta situación que estudiamos no es, sin embargo, excepcional. A ella se refirió, contando su experiencia personal, el notario CÁRDENAS HERNÁNDEZ. En concreto, este autor hablaba de un caso de afasia complicado con agrafía en el que, en principio, podía haber indicio de enfermedad cerebral. El caso se presentaba dramático porque el testador, parálítico de la mano derecha y sólo manejando imperfectamente la izquierda, había perdido la facultad de hablar emitiendo únicamente sonidos guturales incomprensibles. Este sujeto, casado y sin hijos, sólo poseía una casa de carácter ganancial y, según la versión de su mujer, quería dejársela a ella por testamento. La cuestión se centraba en que, en tales circunstancias, el notario no podía autorizar el testamento abierto. El problema logró solucionarse finalmente mediante el adiestramiento del testador para usar su mano izquierda tecleando en una máquina de escribir, en la que a presencia del notario logró escribir "dejo todo a mi mujer". En este caso es claro que la cuestión se percibe y manifiesta como de capacidad para testar. Mientras que en el caso resuelto por la sentencia de 30 de enero de 1997, quizá porque la afasia no era total, el notario —con advertencia del posible error en la denominación de los herederos— autorizó el testamento.

plina general del contrato es en la capacidad exigida al autor del acto para realizarlo válidamente. El límite mínimo de edad para otorgar testamento, establecido por el artículo 663 del CC, se sitúa con anterioridad a la adquisición de la capacidad general de obrar. En este sentido, se reconoce capacidad para disponer por testamento antes de haber cumplido la mayor edad, fijando el límite mínimo de edad en un momento en el que se considera que el sujeto ha adquirido suficiente madurez para la vida de relación y para comprender el valor de sus propias acciones (68). En el marco de este fundamento encuentra sentido el límite de la capacidad para otorgar testamento ológrafo, establecido en la mayoría de edad por el artículo 688 del CC. En este caso, los requisitos formales que dan garantía de seriedad y cabal voluntad deben garantizarse con la exigencia de una mayor edad (69).

En definitiva, dada la peculiar función que desarrolla el testamento como **autorregulación de la sucesión** de los bienes o derechos para después de la muerte, debido al carácter personalísimo del propio acto, el legislador ha diseñado un régimen jurídico para facilitar distintas formas de otorgamiento y, en cierto modo, en función de las distintas formas ha graduado la capacidad exigida (70). Pero entendemos que el régimen formal enumerado por el Código no es cerrado, pues consideramos válido para dar cauce material a la última disposición otros medios o formas no específicamente designados en el CC.

A) Incapacidad propiamente dicha.

Determina el CC que “*Están incapacitados para testar: 1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo (71). 2.º El que habitual o acciden-*

(68) Se han ofrecido por la doctrina diversas razones para explicar el especial régimen de la capacidad para testar (Véase J. M. RUIZ-RICO y M.ª José GARCÍA ALGUACIL, *La representación legal de menores e incapaces*, ed. Aranzadi, 2004). Con todo, prevalece la teoría que ha explicado esta diversidad en razón de que la capacidad requerida para poder realizar un acto queda establecida por la Ley en base a su función objetiva. De esta opinión son CAPILLA RONCERO, F.: “*Derecho de Sucesiones*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 106 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos de Derecho Civil, Derecho de sucesiones*, tomo V, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 211 y ss. En jurisprudencia, véanse, especialmente, SSTs de 12-V-1962, 8-IV-1965, 14-XI-1977, 7-X-1982, 10-IV-1987, 13-X-1990, 22-VI-1992.

(69) OSSORIO MORALES, J.: *Manual de sucesión testada*, Madrid, Instituto de Estudios Politécnicos, 1957, p. 45; PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, volumen II, Barcelona, Bosch, 1977, pp. 13 y ss.; y TORRES GARCÍA, T.: *El testamento ológrafo*, Madrid, Montecorvo, 1977, pp. 180 y ss. Véanse SSTs de 10-XII-1956, 29-I-1960, 25-XI-1960, 6-II-1969, 14-I-1981 y 16-VI-1988.

(70) Así se deduce de las SSTs de 7-X-1982, 26-IX-1988, 1-X-1991, 22-VI-1992.

(71) La incapacidad por razón de edad supone que los menores de catorce años no pueden otorgar ninguna clase de testamento. Se fija, pues, como límite de edad haber cumplido los

talmente no se hallare en su cabal juicio" (72). Estas excepciones están fundadas en la incapacidad de obrar o en la falta de discernimiento: una por razón de edad y otra por disfunción mental, ya sea permanente o accidental (73), y se consideran prohibiciones absolutas, referibles a todas las formas testamentarias.

Por lo demás, en el supuesto de que pretenda otorgar testamento una persona que no se encuentre incapacitada por sentencia firme, hay que partir de la idea de que *"toda persona debe suponerse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, en consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección; postulado y presunción iuris tantum que se ajustan a la idea tradicional del favor testamenti"* (74).

Desde otro punto de vista, para el Código, no siendo necesaria la intervención de facultativos, quien **debe apreciar la capacidad del testador es el notario**, aun cuando deban intervenir testigos (75). Con todo, para el juicio de capacidad no es necesario emplear las mismas palabras del artículo 696 (76), pudiendo usar otras (77). **Tampoco es precisa una ase-**

catorce años. Por tanto, la persona que haya cumplido catorce años y goce además de la integridad de sus facultades mentales podrá otorgar testamento, pero no ológrafo, para el que se requiere, según el párrafo 1.º del artículo 688 del Código Civil, ser mayor de edad, o sea, haber cumplido dieciocho años.

(72) Artículo 663 del CC.

(73) En cuanto a la **incapacidad por enajenación mental**, *"está incapacitada para testar"* la persona que tenga alteradas sus facultades mentales de manera que carezca del necesario y mínimo discernimiento para comprender el alcance del *acto por el cual dispone de sus bienes para después de su muerte*. Por otra parte, partiendo de que la incapacidad para testar no es consecuencia de la declaración judicial, ya que el incapacitado por sentencia puede testar conforme al artículo 665, sino de hallarse o no el testador *in tempore testamenti* en pleno uso de sus facultades mentales, debe distinguirse entre que pretenda otorgar testamento quien no está declarado incapaz por sentencia, pero pudiera serlo de hecho, y que lo pretenda el que ha sido incapacitado judicialmente. Teniendo presente que, según dispone el artículo 664 del CC, *"El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido"*.

(74) Sentencia del TS de 26 de abril de 1995.

(75) Ello conforme al último inciso del párrafo primero y a la interpretación analógica del párrafo segundo del artículo 685. **Artículo 685 del CC in fine**: *"... También deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar. En los casos de los artículos 700 y 701, los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad"*.

(76) **Artículo 696 del CC**: *"El Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente y, en su defecto, efectuará la declaración prevista en el artículo 686. También hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento"*.

(77) Por lo demás, si la lengua que utiliza el disponente no es conocida por el notario, al no poder darse una comunicación directa entre notario y testador el juicio de capacidad ven-

veración de capacidad con absoluta certeza; pues quien la aprecia es lego en psiquiatría, y la afirmación del fedatario de que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento, hecha en aplicación de los artículos 685, 696 y 707.4.º del propio CC, no supone una afirmación indiscutible.

Por otra parte, la exigencia, como una de las solemnidades que debe tener un testamento hecho ante notario, de la expresión respecto a la capacidad del testador, es un requisito que genera la necesidad de determinar hasta qué punto la constancia vertida por el fedatario en el instrumento dispositivo es prueba suficiente de la aptitud del individuo que testa. En nuestro ordenamiento este tema ha sido solventado debido a que sus normas prevén la valoración, a juicio del notario, respecto de la capacidad del testador; opinión que, dado el caso, debe ser apreciada por los testigos presentes en el acto de otorgamiento (art. 685 *in fine* del CC). Por ello, la opinión sobre la capacidad testamentaria emitida por el autorizante tiene una extraordinaria importancia frente a las controversias que puedan suscitarse en relación con la nulidad del testamento. No obstante, cuantiosos fallos de los tribunales españoles han dado relevante importancia a la presunción de capacidad vertida expresamente por el fedatario interviniente (78) o por los testigos del otorgamiento.

Por último, como en virtud del artículo 760 de la LEC (79) la sentencia *determinará la extensión y límites* de la incapacidad, cabe, según el contenido de la resolución, distinguir diversas posibilidades:

drá mediatizado por el intérprete. No obstante, si el **mudo o el sordomudo que no sepa o no pueda escribir** sabe el lenguaje de los sordomudos podrá otorgar testamento abierto actuando como intérpretes dos personas técnicas en dicho lenguaje, que “traduzcan” la voluntad. Cuando el mudo o sordomudo no sepa aquel lenguaje y tampoco sepa o pueda escribir no podrá testar en forma abierta, y como por la propia naturaleza de los testamentos ológrafo y cerrado tampoco podrá otorgarlos se hallará imposibilitado para testar. A pesar de ello, con los avances de la ciencia en el entendimiento y comunicación de los sordomudos sería posible eliminar esta imposibilidad de testar, simplemente con prever la intervención como intérprete de una o dos personas cualificadas en las técnicas oportunas.

(78) En efecto, si bien la afirmación que hace el notario sobre la capacidad del testador adquiere relevancia de certidumbre, puede esta presunción ser destruida por las pertinentes pruebas de que en el momento del otorgamiento el testador no se hallaba en su cabal juicio. Así lo confirman, entre otras, la sentencia del TS de 26 de abril de 1995 y la del 24 de julio del mismo año.

(79) La disposición **derogatoria** única, apartado segundo, de la **Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil**, deroga el anterior artículo 210 del CC; pasando a aplicarse el artículo 760 de esta Ley, del siguiente tenor: “1. La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763. 2. En el caso a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, si el tribunal accede a la solicitud, la sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o repre-

a) Si la sentencia firme declara la incapacidad absoluta del sujeto para toda clase de actos cabría entender comprendida la testamentificación activa y, por tanto, la imposibilidad de otorgar testamento en un intervalo lúcido, aun con dictamen favorable de facultativos. Pero también cabe pensar que en este supuesto hay un incumplimiento del artículo 665 (80). En este sentido parece procedente desestimar la imposibilidad de otorgar testamento por incapacidad absoluta irreversible; dada la posibilidad del intervalo lúcido (81).

b) Si la sentencia firme contiene pronunciamiento señalando que el declarado **incapaz lo es para ciertos actos entre los que se incluye el testar**, o que tiene un grado de madurez mental inferior a una persona de catorce años, no podrá otorgar testamento, aunque *tempore testamenti* se halle con presunta o momentánea lucidez mental (82). En este caso no podrá otorgarse el testamento, ni siquiera cumpliendo los requisitos del artículo 665; pues la sentencia es constitutiva de tal estado, que sólo po-

sentar al incapaz y velar por él. 3. La sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle”.

(80) El supuesto del **artículo 665** es el de aquella persona incapacitada en virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar y, en nuestro caso, pretende otorgar testamento. Este precepto sólo es aplicable cuando quien quiera otorgar testamento esté con anterioridad declarado judicialmente incapaz, pues no es suficiente que cuando se otorgue el testamento haya comenzado a instruirse el expediente de declaración de incapacidad del testador y, además, dada la redacción de su texto, resulta indudable que la concurrencia de **dos facultativos** que se aseguren de la capacidad de quien pretenda otorgar testamento **ha quedado limitada al “incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar”**.

(81) Este último parecer es mayoritario, pues la actual Psiquiatría no permite establecer absolutamente la irrecuperabilidad del cabal juicio y, sobre todo, la imposibilidad de un intervalo de lucidez. En consecuencia, por la importancia de la testamentificación activa para el individuo, en lo económico y en lo familiar, **el juez no debe declarar la incapacidad absoluta del eventual testador**; pues ello vulneraría sus derechos como persona en el caso de que quisiera testar inmediatamente después de recuperada la razón o cuando no hubiera tiempo material para que se levantara la incapacitación durante el intervalo de lucidez, por naturaleza normalmente breve.

(82) La *disposición derogatoria única* de la **Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil**, deroga el artículo 212 del CC; pasando a ser de aplicación el artículo 761 de esta Ley, que reza: “*Reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la incapacitación. 1. La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida. 2. Corresponde formular la petición para iniciar el proceso a que se refiere el apartado anterior, a las personas mencionadas en el apartado 1 del artículo 757, a las que ejercieren cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado, al Ministerio Fiscal y al propio incapacitado. Si se hubiera privado al incapacitado de la capacidad para comparecer en juicio, deberá obtener expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo. 3. En los procesos a que se refiere este artículo se practicarán de oficio las pruebas preceptivas a que se refiere el artículo 759, tanto en la primera instancia como, en su caso, en la segunda. La sentencia que se dicte deberá pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacitación, o sobre si deben o no modificarse la extensión y los límites de ésta*”.

drá salvarse merced a otra sentencia firme posterior que levante la incapacidad o modifique su alcance.

c) En el caso de que la sentencia de incapacidad contuviese pronunciamiento reconociendo la **aptitud para testar del incapacitado**, éste puede otorgar testamento.

En otro orden de cosas, el **dictamen o informe de los facultativos** sobre si el incapacitado en virtud de sentencia se halla o no, en el momento de testar, con la capacidad legal necesaria, puede ser estimatorio o desestimatorio (83). En el supuesto de desestimar la capacidad del testador, la consecuencia será que éste no podrá otorgar testamento, debiendo abstenerse el notario de intervenir, dado el supuesto del artículo 665 (84). Si el dictamen considera que el incapacitado tiene capacidad para testar, puede que el notario sea o no de la misma opinión; no obstante, cuando los facultativos (85) estimen la capacidad del testador y el notario no lo considere así deberá autorizar el testamento, sin perjuicio de consignar su apreciación sobre la capacidad del disponente, al objeto de que sea valo-

(83) La exigencia del artículo 665 de que sean dos los facultativos que hagan el reconocimiento **nada obsta para que puedan llevarlo a cabo más de dos**. Los facultativos han de ser designados por el notario y deben concurrir al otorgamiento del testamento. El legislador no exige a los facultativos especialidad determinada, aunque parece recomendable que sean psiquiatras o neurólogos. Ellos han de reconocer al testador "*previamente*" al otorgamiento del testamento. Pero la capacidad para testar ha de darse en el momento concreto de prestar el consentimiento, en el día y la hora señalados en el testamento, por lo que habrán de estar presentes los mismos facultativos en el otorgamiento y la autorización, para reiterar el dictamen que emitieron y proporcionar al notario la seguridad de que no ha cambiado la capacidad del testador.

(84) Dada la redacción del artículo 665, se puede calificar el dictamen favorable de los dos facultativos como requisito esencial de validez; pues sería nulo el testamento otorgado por un incapacitado judicialmente para testar sin el informe favorable de los facultativos, aun en el caso de que el notario no albergara duda de que el testador se encontraba en su cabal juicio, de conformidad con el artículo 687.

(85) **Las incapacidades para ser testigo pueden ser aplicables analógicamente a los facultativos**. Así, las señaladas en los números 1.º y 4.º del artículo 681, por obvias razones, o en los números 2.º y 3.º del mismo precepto, pues mal se podrá valorar la capacidad del testador en tales circunstancias, o en el número 5.º; y en el siguiente artículo, el 682, por razones de presumible falta de imparcialidad. **Artículo 681 del CC:** "*No podrán ser testigos en los testamentos: Primero: Los menores de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 701. Segundo: Los ciegos y los totalmente sordos o mudos. Tercero: Los que no entiendan el idioma del testador. Cuarto: Los que no estén en su sano juicio. Quinto: El cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario y quienes tengan con éste relación de trabajo*"; **artículo 682 del CC:** "*En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquéllos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. No están comprendidos en esta prohibición los legatarios ni sus cónyuges o parientes cuando el legado sea de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario*".

rada su discrepancia con ocasión del posible pleito sobre la validez del testamento (86), en el que puede aportarse prueba de que el otorgante no se hallaba en un intervalo de lucidez. Así, "... por ser una cuestión de hecho, la relativa a la sanidad de juicio del testador corresponde a la Sala de Instancia su apreciación", que "ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento", resuelve la sentencia del TS de 24 de julio de 1995.

Como ya hemos apuntado, entendemos que la justificación de la normativa sobre la capacidad de testar no queda completamente explicada acudiendo al carácter personal del acto de otorgamiento del testamento, sino partiendo de la función del acto jurídico testamentario como libre autorregulación de la sucesión *mortis causa*. El testamento está concebido en este contexto como el acto jurídico en virtud del cual se dispone de los bienes para después del deceso.

En nuestra opinión, salvo que concurra sentencia previa de incapacidad, la capacidad del testador se presume, y será la persona interesada en invalidar el testamento la que deba aportar cualquier prueba en su favor, prueba que, en su caso, será apreciada y valorada por el juez.

B) *La impugnación del testamento por falta de capacidad en el testador: nulidad por incapacidad.*

Si se estima la impugnación por incapacidad, los tribunales, en el procedimiento declarativo pertinente, podrán revisar el juicio de capacidad dado por el notario en el documento testamentario, ya que no exige la Ley una apreciación de la capacidad con absoluta certeza (87). Para ello

(86) El **informe de los facultativos**, como medida cautelar, resulta especialmente aconsejable en los casos dudosos. Por ello puede resultar prudente recabar este dictamen pericial. Pese a ello, no estando incapacitado el testador por sentencia, el notario sólo está obligado, conforme al artículo 685, a "*asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar*", y dado que con un solo facultativo se puede "asegurar" el juicio de capacidad de los artículos 696 y 707, 4.º **es conveniente entender que, si no es posible obtener el dictamen de dos facultativos, con el de uno sólo se podrá adoptar aquella medida cautelar.** Pero si ni siquiera se puede obtener el informe de un facultativo para facilitar la testamentifacción y, dada la revisibilidad del juicio de capacidad emitido por el notario, éste sólo se deberá negar al otorgamiento cuando le conste la falta de raciocinio de quien pretende testar ante él. Ante la duda, el principio de *favor testamenti* aconseja la autorización, aunque haciendo constar con ocasión de ésta y en las actuaciones posteriores, en su caso, las coyunturales circunstancias.

(87) Todo ello lo expresa claramente el considerando tercero de la sentencia de 22 de junio de 1992: "El segundo y último motivo casacional discurre por el cauce del número 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusando la infracción de los artículos 662, 663, 664 y 666 del Código Civil, así como la doctrina jurisprudencial de esa Sala. Pero, en verdad, que ninguno de estos preceptos, ni los criterios atinentes a su recta interpretación judicial

será necesario impugnar el testamento por falta de capacidad o error en la apreciación de la misma por el notario o, en su caso, por éste junto con los facultativos, pretendiéndose la nulidad de la disposición.

Pero no se tiene que impugnar la falsedad, puesto que al notario no se le exige una aseveración de la capacidad absoluta, bastando que, para la formación de su juicio, haya obrado con la diligencia suficiente. Es decir, el juicio del notario puede ser erróneo, ya que no se le pide juicio técnico, sino jurídico. No obstante, sería posible ejercitar la acción de falsedad cuando se pudiera probar que el notario es el culpable doloso de la alteración de la verdad (88).

Por otra parte, el juicio de capacidad es una cuestión fáctica, de libre apreciación por el Tribunal de instancia, el cual podrá revisarlo; siendo necesario, para desvirtuarlo, pruebas en contrario convincentes, cumplidas y completas, que serán valoradas por el Tribunal sin más sujeción que las pautas que ofrecen las reglas de la sana crítica (89), en virtud de lo dispuesto en el artículo 1243 del Código Civil, y que sólo es combatible, en casación, por vía de error.

O sea, el impugnante de un testamento otorgado por testador no incapacitado judicialmente deberá probar de forma fehaciente la falta de discernimiento de éste al tiempo de otorgar testamento, para romper la presunción de capacidad general (90). En el caso del **testamento otorgado**

han sido vulnerados, ya que los juzgadores de instancia han tenido muy en cuenta la presunción de capacidad del testador, siempre destacada por la jurisprudencia (STS de 30 de abril de 1920), aunque con valor *iuris tantum* (SSTS de 8 de mayo de 1922, 25 de octubre de 1928 y 23 de marzo de 1944), que admite, por propia definición, pese a su rango de fuerte presunción, que se destruya por pruebas, cumplidas y convincentes, demostrativas de que en el acto de otorgar testamento el testador no se hallaba en su cabal juicio, pues la declaración que en este sentido revisorio hagan los tribunales no pugna con el juicio equivocado que de buena fe pudieron formar el notario y los testigos sobre la dicha capacidad en el acto del otorgamiento (STS de 16 de febrero de 1945), conforme, además, resulta, según destacó la sentencia de 23 de marzo de 1940, de la misma dicción del Código, que, en su segunda edición, sustituyó la expresión «deberán asegurarse» (de la capacidad), referida al Notario y los testigos, por la de «procurarán asegurarse», que no exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza».

(88) En este sentido se manifiestan las SSTS de 2 de junio de 1959 y 8 de marzo de 1972.

(89) STS de 22 de junio de 1992: "... según jurisprudencia de esta Sala, que recuerda que el estado mental del testador tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la Sala de instancia que valora la prueba pericial sin más pautas que las reglas de la sana crítica (SSTS de 18 de diciembre de 1958, 19 de enero de 1960 y 7 de febrero de 1967)". Más recientemente, en igual sentido, STS de 19 de septiembre de 1998.

(90) No obstante, consideramos **nulo el testamento cerrado otorgado por persona ciega o que no sepa leer ni el lenguaje Braille** (art. 708). En efecto, la habilidad imprescindible para poder otorgar testamento cerrado es saber leer. Requisito que en este tipo testamentario es superior al de la escritura, porque quien no sepa escribir, pero sepa leer y firmar, puede otorgar testamento cerrado. Es decir, no es necesario saber escribir para poder testar en forma cerrada: basta saber leer. El fundamento de esta conclusión se encuentra en que si el testador no sabe leer mal puede verificar lo que a su dictado otro escribió por él, ni tampoco puede

por testador incapacitado judicialmente, el impugnante, pese al dictamen favorable de dos facultativos sobre la capacidad del testador y la, en su caso, conformidad del notario, deberá probar que el testador no se encontraba con la capacidad necesaria en el momento de otorgar testamento, ya que la aseveración de los facultativos no constituye prueba irrefutable (91). Por último, puede impugnarse el testamento por omisión del juicio de capacidad (92), o por falta de manifestación expresa del mismo (93).

También cabe preguntarse si es posible **confirmar el testamento de un incapaz**. La confirmación haría desaparecer los vicios del acto jurídico susceptible de ser impugnado de nulidad (arts. 1309 y ss. del CC). En nuestra opinión, es perfectamente posible que el testamento sea confirmado por quien ha dejado de ser incapaz, sin necesidad de reproducir todas sus cláusulas. En otras palabras, sostenemos que quien recobra la razón puede confirmar un testamento realizado cuando carecía de ella, y que quien alcanza la edad legal puede confirmar un testamento realizado cuando no contaba con dieciocho años, si la disposición fue ológrafa, o con catorce años si el otorgamiento fue de otro tipo.

Al respecto, creemos oportuno tratar aquí sobre el *carácter de la nulidad* cuando concurre la falta de capacidad del testador, ya que la *diver-*

comprobar si el documento presentado al notario contiene sus últimas voluntades. Por lo demás, esta aptitud debe tenerla el testador en el momento de la presentación del testamento al notario y de la redacción del acta de otorgamiento, siendo insuficiente que hubiere aprendido a leer con posterioridad: El testador debe poder leer al momento del otorgamiento. En la actualidad, la mayoría de la doctrina acepta que el ciego pueda otorgar testamento cerrado si puede entender algún tipo de lenguaje, como el Braille; opinión que compartimos. Respecto a la **capacidad del mudo y del sordo para otorgar testamento cerrado**, el mudo temporal o definitivo debe otorgar de su puño y letra el testamento cerrado, por lo que para él no valen las incapacidades de quien no sabe leer. El sordo, por su parte, puede declarar al notario que un determinado documento depositado ante él es su testamento y luego leérselo él mismo, sin que su sordera constituya un impedimento para el efectivo otorgamiento.

(91) Ahora bien, una cosa es que prospere la impugnación del testamento por esta causa y otra que de ello se derive **responsabilidad del notario**. Como afirma la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de enero de 1992, una eventual declaración judicial apreciando el defecto de capacidad no implica necesariamente que el notario haya incurrido en responsabilidad, por cuanto éste se limita a emitir un juicio, no una declaración de verdad, y la fe pública sólo ampara la declaración de que tal parecer ha sido formulado.

(92) Por falta de esta solemnidad no suelen impugnarse los testamentos, porque el juicio de capacidad siempre es hecho y expresado más o menos claramente por los notarios. No obstante, la sentencia de 18 de noviembre de 1915 consideró la nulidad de un testamento por faltar la afirmación de hallarse el testador en la integridad de sus facultades mentales, a pesar de haberse solicitado un dictamen médico que resultó favorable.

(93) En ese caso, para la mayoría de los autores, el testamento es nulo por infracción formal. Esto, que es claro a la luz de los artículos 705, 685 y 695 del CC, antes y después de la reforma de 1991, suscitó en GONZÁLEZ PALOMINO la opinión contraria. Para él, la omisión de esta exigencia no arrastraba a la nulidad formal (GONZÁLEZ PALOMINO, José: *Instituciones de Derecho notarial*, Reus, Madrid, 1948, pp. 500 y 501).

sidad de supuestos impide un encuadre único; pues en cada caso en particular se deben aplicar reglas específicas (94). A título de ejemplo podemos decir que el testamento dictado por un demente declarado judicialmente es, en principio, un acto nulo. No así en el supuesto del testamento otorgado por un demente no declarado. En este caso el principio general aplicable es el de la validez del testamento, ya que se presume la capacidad del causante. Quien pretenda alegar su nulidad debe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de otorgarlo. Pero si se probara que en la época cercana a la firma del testamento el testador se hallaba habitualmente afectado por una demencia notoria, quien quiera sostener la validez del testamento deberá demostrar que el causante lo hizo en un intervalo lúcido. No obstante, nuestro Derecho permite al incapacitado por sentencia otorgar testamento abierto cuando se demuestre ante el notario su capacidad de disponer para después de su muerte mediante el dictamen de dos facultativos. Así expresamente lo dispone el artículo 665 del CC.

2. Testigos.

En cuanto a la exigencia de testigos para la perfección de los testamentos, tras la reforma legal de 1991 **no es obligatoria la presencia de testigos instrumentales** como requisito general (95). No obstante, en los otorgamientos que así lo requieran, **la presencia de los testigos se impone sólo para tal acto** (96). Por ello, a la luz de los artículos de la sección quinta

(94) La anulabilidad, señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil IV*, Madrid, Tecnos, 8.ª ed., 2001, pp. 446 y ss.), es acción que no tiene encaje en el testamento: "Ha de recordarse que la acción de esta naturaleza protege al contratante que ha sufrido el vicio (art. 1302 del CC), y el testador carece de ella, puesto que para la protección de sus intereses goza del poder de revocar en todo momento su testamento".

(95) La *Ley de 20 de diciembre de 1991* consagraba la no exigencia de la intervención de testigos, con carácter general, en los testamentos ante notario (pues a partir de ella sólo concurrirán testigos en estos otorgamientos cuando se dé alguno de los supuestos del art. 697 o del 707, núm. 5.º, en su párrafo segundo, y núm. 7.º).

(96) En efecto: A) En el **testamento abierto**, los testigos deberán estar presentes en la lectura del testamento, en la manifestación de consentimiento por parte del testador y en la firma y autorización del mismo; B) En el **testamento cerrado**, en los casos exigidos por el artículo 707, 5.ª, párrafo segundo, y 7.ª, los testigos deberán estar presentes:

— En la comparecencia del testador "*con el testamento cerrado y sellado*", o cerrándolo y sellándolo ante el notario.

— En la manifestación del testador al referido notario de que el sobre o cubierta que le presenta contiene su última voluntad escrita y firmada "*por él o si está escrito de mano ajena o por cualquier medio mecánico y firmado al final y en todas sus hojas por él o por otra persona a su ruego*".

— En la redacción del acta de otorgamiento *extendida* "*sobre la cubierta del testamento*"; y

— En la lectura y firma del acta.

del CC, redactados bajo el epígrafe “*Del testamento abierto*”, debemos interpretar como requisito de su eficacia *que los testigos vean y entiendan al testador* y que al menos uno de ellos sepa y pueda escribir (97).

En todo caso, “habrá de procurarse” que los testigos no tengan una relación directa y personal con el notario, solventando así la posible inidoneidad que establece el artículo 681 en su apartado quinto para “*quienes tengan con éste (el notario) relación de trabajo*”. Y decimos “habrá de procurarse” porque nos parece lógico que pueda el disponente acudir a personas cercanas a él o al notario para que sean testigos de su última voluntad (98). En tal sentido, somos de la opinión de que en los testamentos son salvables los requisitos de idoneidad que el propio testador excluya al elegir a las personas que han de recibir su disposición; así, si el otorgante decide llamar a un allegado suyo (o a un ayudante del notario, por ejemplo) para que sea testigo, el testamento debe considerarse válido (99).

(97) En efecto, dado que el testador analfabeto o impedido puede rogar a un testigo que firme por él, cabe preguntarse si en el testamento abierto también deberá saber uno de los testigos firmar. Y ello para dar cumplimiento al párrafo 2.º del artículo 695. Sin embargo, no dice el Código si el documento en el que se extienda la disposición testamentaria debe suscribirse por el testador, la persona que lo autorice y/o los testigos, según los casos; pero de su espíritu y de la concordancia con los demás artículos que regulan el testamento se deduce que deben constar las indicadas firmas, mientras sea posible, expresándose el motivo de la imposibilidad en caso contrario. (SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, tomo sexto, vol. 1.º, Madrid, Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, p. 542.)

(98) A esta conclusión se llega también teniendo presente que el artículo 681, antes de la Reforma del 20 de diciembre de 1991, hacía referencia a los *oficiales, auxiliares, copistas, subalternos y criados del Notario*, sustituida entonces por la referencia a “*quienes tengan con éste relación de trabajo*”.

(99) No obstante, para el CC hay **personas que no podrán intervenir como testigos** en los otorgamientos testamentarios; las enumeradas en el artículo 681, aplicable a toda clase de testamentos, en base al cual cabe realizar las consideraciones siguientes:

— No pueden ser testigos los menores de edad. (Puede surgir la duda de si pueden ser testigos los menores emancipados o los habilitados de edad. Al ser el art. 681 un precepto restrictivo y de carácter taxativo, no parece que se le pueda aplicar analógicamente la doctrina de la emancipación o de la habilitación de edad y, en consecuencia, los menores de dieciocho años, estén o no emancipados o habilitados de edad, no podrán ser testigos en los testamentos.)

— **La incapacidad establecida para los ciegos, los totalmente sordos y los mudos que no pueden leer ni escribir** es incuestionable. (Si el mudo sabe leer y escribir puede actuar como testigo, ya que ve y oye al testador y merced a la escritura cumple perfectamente, en su caso, con su cometido de acreditar que tuvo lugar el otorgamiento del testamento.)

— Es necesario que los testigos entiendan el idioma del testador y comprendan todo lo que éste manifieste. (Como sabemos, podrán los extranjeros ser testigos en los testamentos cuando entiendan suficientemente el idioma en que se exprese el disponente; ya que, en España, ser extranjero no inhabilita para ser testigo, al tener los no nacionales los mismos derechos civiles que los españoles, “*salvo lo dispuesto en las leyes especiales y en los Tratados*”, según reza el art. 27 del Código Civil.)

— La expresión “**los que no estén en su sano juicio**”, del artículo 681.4.º, comprende toda perturbación mental permanente o transitoria. En el caso de estar el testigo incapacitado judi-

Con todo, hay determinados supuestos de preceptiva **concurrencia de testigos idóneos**; a saber:

A) Tratándose de testamento **abierto**, el artículo 697 establece que deberán concurrir dos testigos idóneos al acto del otorgamiento en los casos siguientes:

1) “1.º *Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento*” (en cuyo caso, como indica el párr. 2.º del art. 695, “*lo hará por él y a su ruego uno de los testigos*”), o “*cuando el testador, aunque pueda firmarlo, ... declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento*”. El precepto no requiere que el testador no sepa o no pueda firmar, sino que basta que “*declare que no sabe o no puede*”.

Pero sobre el notario no pesa la obligación de asegurarse de la veracidad de la declaración de “*no saber o no poder firmar*”, sino que es suficiente que se cerciore de que ha oído una manifestación en ese sentido de quien ante él quiere disponer en última voluntad.

cialmente no podrá ser testigo en el testamento, pues no hay un mecanismo de comprobación como el del artículo 665. Si no está incapacitado, el testamento será, en principio, válido, al presumirse en todo mayor de edad la plena capacidad de obrar; sin perjuicio de prueba en contrario por quien impugne la validez del otorgamiento por esa inadecuación del testigo. Por otra parte, aunque no está en la enumeración del artículo 681, podría pensarse que **en los testamentos son incapaces para actuar como testigos los que no saben o no pueden firmar**, ya que de conformidad con el último inciso del párrafo 1.º del artículo 695 tienen que firmar el testamento “*los testigos y demás personas que deban concurrir*” al otorgamiento del testamento abierto. No obstante, las circunstancias en que se otorgan algunos testamentos aconsejan la mayor flexibilidad para entender, como se previene para el testamento marítimo en el artículo 722, que **uno de los testigos y no los dos ha de poder firmar**. Además, la posibilidad de que alguna de las personas concurrentes como testigos no sepa firmar y sea sustituida por otra que sí supiera era la situación anterior a la Reforma del CC de diciembre de 1991, cuando la presencia de los testigos era obligatoria; por lo que, dando continuidad a esta política legislativa, en caso de que hoy día los testigos deban concurrir obligatoriamente, parece lógico mantener la misma posibilidad de sustitución de un testigo por otro a la hora de firmar, apareciendo los datos personales del testigo que no sepa firmar en el texto del escrito testamentario, con indicación del motivo de la ausencia de su firma, y firmando únicamente el testigo que sepa firmar, junto con el testador y el notario. Tampoco está señalada en el artículo 681, pero cabe calificarla como incapacidad, el no saber o no poder leer en el testamento del enteramente sordo que no sepa o no pueda leer; pues, en tal caso, dispone el segundo párrafo del número 2.º del artículo 697 que “*los testigos leerán el testamento en presencia del Notario*”.

— Tampoco podrán ser testigos el cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del notario, o los que tengan con éste relación de trabajo, para evitar dudas sobre su imparcialidad, de conformidad con el artículo 681. Quinto. No obstante, como dijimos, entendemos que debe interpretarse flexiblemente esta limitación y dotar al testador de la facultad de elegir como testigo a una persona allegada al notario.

Por lo demás, **el testigo ha de ser idóneo y capaz “al tiempo de otorgarse el testamento”**. El que lo fuera antes y no al otorgarse es obviamente irrelevante, y que lo sea después en nada puede afectar a la validez del testamento, pues si ha sido otorgado legalmente queda perfeccionado, aunque la sucesión no se abra todavía.

2) Siguiendo con el mismo precepto, también deberán concurrir al otorgamiento dos testigos idóneos *cuando* “*el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego*” (100).

3) Asimismo, asistirán los testigos al otorgamiento cuando el testador “*fuera enteramente sordo*” y además “*no supiese o no pudiese leer*”.

Ello teniendo en cuenta que es necesario que carezca absolutamente del sentido del oído en el momento de disponer su última voluntad; pues no se da el supuesto legal cuando el disponente padece de deficiencias en la audición, pero entiende al notario si éste lee en voz alta. Por ello, el testamento otorgado por alguna persona enteramente sorda que, además, no sabe o no puede leer, será leído por el notario en presencia de los testigos, quienes declararán que coincide con la voluntad manifestada por aquél, firmando a continuación dicho documento. Por ello, los testigos deberán estar presentes en el momento de la expresión, oral o escrita, de la voluntad *mortis causa* del disponente.

4) Si **el testador solicita la presencia de testigos** y éstos son idóneos, el notario no podrá evitarla y deberá prestar su intervención, aunque considere innecesaria la concurrencia de aquéllos, pues esta presencia se hace depender de la mera solicitud del disponente (101).

B) Respecto al testamento **cerrado** recordemos que sólo serán necesarios los testigos en los supuestos del artículo 707, 5.º, párrafo segundo, y 7.º

3. Idioma del testamento.

Por lo que respecta al idioma empleado en el otorgamiento, quien tiene capacidad para testar por tener cumplidos los catorce años y cabal juicio en el momento de disponer para después de su muerte, no debe ver limitada su testamentifacción activa por razón del idioma que quiera o precise utilizar. En tal sentido, se puede emplear una lengua extranjera o una

(100) No es precisa la ceguera total y absoluta, pues es suficiente con sufrir lesión o defecto visual que impida leer, porque quien se halla en esta situación no puede leer su testamento y, por tanto, asegurarse de si lo por él dispuesto es lo escrito y leído. Este testador, si puede, debe firmar por sí el testamento (ya que sólo se sustituye la firma del disponente por la de uno de los testigos cuando aquél declare que no sabe o no puede firmar, según señala claramente el párrafo segundo del art. 695).

(101) Cuando el que **solicite la comparecencia de testigos sea el notario** y se niegue el testador a admitirlos, deberá el fedatario poner de manifiesto al testador las razones por las cuales considera que deben concurrir aquéllos, y si éste no desiste de su negativa, puede aquél dejar de autorizar el testamento; pues la presencia de los testigos como requisito esencial de validez de la disposición testamentaria deriva legalmente de la simple solicitud del notario, según se desprende del artículo 697.3.º

de las varias lenguas oficiales en España, pero el testamento ha de redactarse, al menos, en una **lengua oficial en el lugar del otorgamiento**.

En base a dicha consideración, dado que el notario puede no conocer el idioma, extranjero o cooficial en España, empleado por el disponente, el legislador ha previsto en el artículo 684 del CC que en tal caso se requiera la presencia de un **intérprete**, elegido por el testador, que traduzca la disposición testamentaria a la oficial en el lugar del otorgamiento (102), escribiéndose el documento en las dos lenguas, con indicación de cuál ha sido la empleada por el otorgante (103).

(102) El Código, a diferencia del Reglamento Notarial, **no exige que el intérprete sea un profesional**, siendo suficiente con tener el conocimiento necesario para traducir la lengua empleada por el testador a una oficial conocida por el notario; bastando para acreditar esta capacidad su propia manifestación en este sentido, máxime teniendo en cuenta que la designación la ha hecho el disponente. Por lo demás, **el intérprete deberá reunir los mismos requisitos que para los testigos exigen los artículos 681 y 682**, salvo el del número quinto del primero de estos preceptos, referido a los familiares y personas que tengan relación de trabajo con el notario, pues siempre que el intérprete sea elegido por el testador no se conculcará la imparcialidad que ha de tener el traductor.

(103) El **artículo 684 recoge dos supuestos**, según que el notario conozca o no la lengua empleada por el testador; requiriendo para ambos supuestos la doble redacción si la lengua no fuera oficial: El primer supuesto es el del **notario que no conoce la lengua en la que el testador expresa su voluntad**. En tal caso el legislador exige la presencia de un intérprete elegido por el testador que traduzca su voluntad a una lengua "*oficial en el lugar del otorgamiento que emplee el Notario*". No es preciso que el testador desconozca la lengua oficial empleada por el notario, basta que sea su voluntad expresar su disposición en otra diferente. Sin embargo, en el supuesto de que el disponente conozca la lengua oficial empleada por el notario, pero quiera testar en otra desconocida para éste, no hará falta intérprete, pues el testador hará las veces de tal y "traducirá" su voluntad al notario, presentándole ésta redactada en la lengua oficial que éste emplee y en la lengua en la que él desee testar. El notario puede, si lo considera oportuno, requerir un intérprete, o puede ello ser motivo para que, haciendo uso de la posibilidad que le otorga el número tercero del artículo 697, solicite la asistencia de dos testigos. Pero no es posible considerar en este caso necesaria la intervención del intérprete por aplicación rigurosa del artículo 684.1, y tampoco por lógica; ya que sería encarecer el otorgamiento de forma innecesaria con la traducción, siendo el propio disponente quien más interés tiene en la exactitud de la misma. Cuando la lengua empleada por el testador y desconocida por el notario es también oficial o cooficial en el lugar del otorgamiento, además de la doble redacción, el notario debe hacer constar cuál de las dos lenguas en que se ha redactado el testamento fue la empleada por el testador, de conformidad con el inciso último del párrafo primero del mismo artículo 684. No será necesaria esta indicación cuando la lengua no sea oficial, pues necesariamente será ésta la empleada por el testador para expresar su última voluntad. En definitiva, el notario sólo podrá redactar el testamento por sí en la lengua oficial en el lugar del otorgamiento cuando le sea conocida, pues la redacción en la lengua desconocida le vendrá dada por un intérprete o por el propio testador. El segundo supuesto que el artículo 684 distingue, en función del conocimiento o de la ignorancia de la lengua empleada por el disponente, es el de que **el notario conozca esta lengua**. Si la lengua es oficial, basta la redacción del testamento conforme a ella; aunque será necesaria su traducción al español si es lengua distinta y el testamento debe surtir efecto fuera del territorio donde es oficial esa lengua, por lo que lo correcto sería que, en tales casos, el notario utilizara ya en la confección del documento testamentario el sistema de *doble redacción*. En efecto, el artículo 684, párrafo segundo ("*El testamento abierto y*

Por lo demás, el testamento deberá ser **leído por el intérprete en la lengua empleada por el disponente** y, además, en la oficial utilizada por el notario (104), para comprobar la fidelidad de la traducción (105).

No obstante, en estos casos también conviene flexibilizar la norma, puesto que el hecho de que el notario deba leer el documento en todo caso debe matizarse, porque si el testador no conoce la lengua oficial que el notario emplea es innecesaria esa lectura, ya que para nada le servirá al testador.

Tras la lectura del notario, en su caso, y la lectura del intérprete en la lengua que ha empleado el disponente, si éste lo considera oportuno puede proceder a leerlo por sí mismo en su propia lengua, o puede renunciar a la lectura, limitándose a dar su conformidad a las lecturas que le han hecho; señalando que lo que ha (o le han) leído se corresponde exactamente con su última voluntad.

4. Identificación del testador.

Respecto al requisito de identificación del testador, del artículo 685 del CC (106) se desprende la existencia de un **procedimiento de identifica-**

el acta del cerrado se escribirán en la lengua extranjera en que se exprese el testador y en la oficial que emplee el notario, aun cuando éste conozca aquella”), se refiere al supuesto de lengua conocida por el notario, pero no oficial en España, aunque utiliza impropriamente el término “extranjera”, que habrá de referirse a lengua española no oficial o idioma de país extranjero, pues así hay que entenderlo tras la Constitución Española de 1978 y la contraposición de los términos “extranjera” y “oficial” que hace el mencionado párrafo. En este supuesto de lengua no oficial conocida por el notario no será necesaria la intervención del intérprete y sólo se requiere la doble redacción. Esta interpretación va en línea con la cualidad de intérprete y traductor que los artículos 150 y 253 del **Reglamento Notarial** conceden al notario y esta misma cualidad es la que atribuye el Código al notario, pues sólo exige intérprete cuando el notario no conozca la lengua en la que se exprese el testador.

(104) Pese a ello, antes de la **reforma de 20 de diciembre de 1991** se solía decir que el testamento en lengua extranjera era siempre un testamento abierto. Con la actual redacción del párrafo segundo del artículo 684 es evidente que el precepto se aplica tanto al testamento abierto como al cerrado. Pero en el **testamento cerrado** lo que traduce el intérprete no es la disposición de voluntad, sino la manifestación del testador de que aquella está contenida en el pliego que presenta (con las demás menciones exigidas por el art. 707) y, además, las preguntas que haga el notario al testador para comprobar su capacidad y las respuestas que dé éste. Por último, lo que se escribirá en las dos lenguas, cuando el notario no conozca aquella en la que se expresa el testador, no es el testamento, sino el acta de otorgamiento del mismo.

(105) Si el intérprete fallece entre el acto de otorgamiento del testamento y la redacción de la traducción realizada por él, cabe pensar que habrá de buscarse otro intérprete y el disponente deberá volver a exteriorizar ante él su completa voluntad; pues el Código Civil no admite en este punto excepción alguna: **al notario no le consta lo que el testador dice**, sino sólo lo que el intérprete afirma que el testador dice y, por tanto, sólo podrá autenticar esta manifestación.

(106) **Artículo 685 del CC:** “*El notario deberá conocer al testador y si no lo conociese se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo notario, o*

ción del testador ordinario o “**normal**” (conocimiento personal del notario) y dos “**supletorios**” (los testigos de conocimiento y la exhibición de documentos expedidos por autoridades públicas). Además de estos procedimientos existe uno “**subsidiario**”, el recogido en el artículo 686 del Código Civil (107). Veamos cada uno de estos procedimientos:

Respecto al **conocimiento personal** entre testador y notario, que es el procedimiento identificatorio “normal” y *el sistema al que la Ley otorga preferencia*, cabe señalar que el Código Civil no enumera los **documentos que se pueden utilizar para identificar al testador** (108), sino que deja esa posibilidad a cualquier documento que pudiera expedir la autoridad pública con finalidad identificatoria (109). Estos documentos deberán ser suscritos por dicha autoridad, ya sea nacional, regional o local (110). Es preciso que tengan, además, fotografía y firma; pues aunque el artículo 685 del Código Civil no lo exige, el hecho de que la contengan se considera imprescindible para asegurar la correcta identificación (111).

mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas. También deberá el notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar. En los casos de los artículos 700 y 701, los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad”.

(107) Por tanto, la identificación del testador en los testamentos se lleva a efecto, en primer lugar, cuando el notario *conoce al testador personalmente* (procedimiento que llamamos “normal”); en segundo lugar, si no lo conoce, la identificación se puede llevar a efecto por uno de los dos procedimientos llamados “supletorios”: bien mediante dos testigos que lo conozcan y sean conocidos del notario (testigos de conocimiento), bien mediante la utilización de *documentos* expedidos por las autoridades públicas con el objeto de identificar a las personas (a los que el preámbulo de la Ley de 20 de diciembre de 1991 llama “*documentos oficiales*”).

(108) De los dos medios “supletorios” de identificación (documentos oficiales y testigos de conocimiento) cabe decir que si bien cuando el notario no conoce al testador puede acudir a su libre elección, sin preferencia entre ellos, a uno o a otro, la utilización de **documentos expedidos por las Autoridades públicas** con el objeto de identificar a las personas es el que se usa en la casi totalidad de los otorgamientos; pues parece más difícil la identificación por testigos de conocimiento, ya que supone traer al acto testamentario mayor número de personas. No obstante, las dos formas de identificación “supletoria” del testador las ofrece el artículo 685 sin dar preferencia a una sobre otra. El notario podrá optar por la que prefiera; pues no resulta lógico primar el sistema de los testigos de conocimiento cuando la reforma de 1991 pretendió reducir lo más posible la intervención de testigos y cuando la doctrina notarial considera mayoritariamente que en las escrituras públicas son alternativos, como medios de identificación, el “normal” (conocimiento directo de los otorgantes por el notario) y los “supletorios” legalmente previstos.

(109) La expresión “Autoridad pública” obliga a excluir los carnés de clubes o entidades deportivas, culturales, etc., pues las personas que las expiden no son, evidentemente, “Autoridad pública”.

(110) No será fácil distinguir entre funcionarios y autoridades. No obstante, si dentro de las facultades del funcionario está la de expedir tales documentos, parece que, a estos efectos, debe considerarse autoridad pública.

(111) A este respecto, el artículo 23 c) de la **Ley del Notariado**, al referirse a la identifi-

Entre los documentos respecto de los cuales no hay duda de que son adecuados para identificar al testador cabe citar el **Documento Nacional de Identidad** (112) y el **Pasaporte** (113); pues están expedidos por "Autoridad pública" con objeto de "identificar a las personas" y tienen fotografía y firma (114).

Por otra parte, en cuanto al medio de identificación consistente en la utilización de los denominados "**testigos de conocimiento**" (aquellos que acreditan la identidad del testador), cabe decir que se trata de una forma indirecta de identificación; pues dichos testigos **han de conocer al testador y ellos a su vez han de ser conocidos por el notario** (115).

Por último, el **sistema de identificación "subsidiario"**, como se dijo, es el del artículo 686 (116): Si el testador presentase documentos no oficiales con objeto de identificarse y pusiere de manifiesto señas personales

cación por medio de documentos dispone: "*El notario en este caso responderá de la concordancia de los datos personales, fotografía y firma estampados en el documento de identidad exhibido, con las del compareciente*".

(112) Se debe hacer constar, en la comparecencia para el otorgamiento, el número de DNI del testador, pese a la manifestación del notario de conocer al disponente. No se exige, sin embargo, que el notario tenga trato, amistad o relación con el testador, pues basta que pueda individualizarlo; es decir, "saber quién es". En definitiva, la afirmación de conocimiento se refiere a la condición con la que el disponente se desenvuelve socialmente, pero no garantiza las circunstancias de edad, estado civil, profesión o vecindad, que se consignarán por lo que resulte de su declaración o por lo que conste en sus documentos de identidad.

(113) Para la **identificación de los extranjeros** valdrá la carta o documento de identidad nacional o el pasaporte expedido por su país de origen. Si son residentes en España, la llamada "Tarjeta de extranjero" o la "cartilla de residente" y, en su caso, la "Cédula de Inscripción" para los indocumentados.

(114) Si el documento que se presenta ante el notario con finalidad identificadora está **caducado**, como la caducidad del documento es una mera falta sancionable administrativamente, no le privará de eficacia identificatoria. (Sobre identificación del testador y otras cuestiones relativas al testamento abierto notarial nos remitimos a la obra de RIVAS MARTÍNEZ: *El testamento abierto otorgado ante notario después de la Ley de 20 de diciembre de 1991*, ob. cit., Dykinson, Madrid, 1993.)

(115) Los testigos de conocimiento pueden ser a la vez testigos instrumentales, como dispone el artículo 698 del CC. No obstante, es oportuno observar que a consecuencia de la supresión de la intervención de los "testigos instrumentales" como exigencia general de solemnidad en los testamentos notariales, cuando concurren dichos testigos no tienen obligación de conocer al testador, aunque si lo conocen **pueden actuar también como testigos de conocimiento**. Así, cuando en los otorgamientos se requiere la presencia de testigos instrumentales o cuando intervienen éstos por darse uno de los supuestos del artículo 707, número 5.º, en su párrafo segundo, y número 7.º, no tienen la obligación de conocer al testador: **no son testigos de conocimiento**.

(116) Artículo 686: "*Si no pudiere identificarse la persona del testador en la forma prevenida en el artículo que precede, se declarará esta circunstancia por el notario, o por los testigos, en su caso, reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo. Si fuere impugnado el testamento por tal motivo, corresponderá al que sostenga su validez la prueba de la identidad del testador*".

individualizadoras, se producirá el supuesto previsto en dicho precepto y se podrá autorizar el testamento. Ante tal circunstancia deberá el notario hacer mención, en el texto del testamento abierto o en el acta de otorgamiento del cerrado, de la circunstancia de no poder dar fe del conocimiento, reseñándose los documentos presentados por el testador con la finalidad de identificación y las señas personales que él declare. En todo caso, es conveniente la unión al testamento de copia de los documentos identificativos presentados.

5. Del testamento abierto notarial (117).

En relación a los requisitos de solemnidad, vamos a tratar ahora de las formalidades del testamento abierto autorizado por notario, dada la importancia adquirida por esta forma testamentaria en nuestra vida jurídica, así como por las garantías y ventajas que presenta, derivadas precisamente de la fe pública interviniente (118). Así, el **testamento abierto** es el otorgado por el testador ante notario mediante documento público y con la presencia, en su caso, de testigos. A este tipo de testamento también se le denomina “testamento notarial” o “testamento por escritura pública”. Así, según dispone el artículo 695 del Código Civil, el notario debe designar el lugar en el que se otorga (119), la fecha, el nombre de los testigos, en su caso, y si se ha declarado el testamento ante él o si sólo ha recibido por escrito las disposiciones de última voluntad. Pero veamos las formalidades propiamente dichas:

(117) Queda fuera de los requisitos la denominada **fase previa**, que consiste en la manifestación de voluntad, oral o escrita, que el testador efectúa ante el notario, y en su redacción por éste. También quedan fuera de nuestro estudio las formalidades posteriores al otorgamiento que algunos testamentos especiales exigen (el testamento militar y el testamento marítimo, por ejemplo. Al respecto, “Otorgamiento del testamento en tiempo de guerra”, ROMERO PAREJA, A., RJN, núm. 48, 2003, pp. 151 y ss.).

(118) Esta especie testamentaria supera, desde luego, a las demás (la ológrafa y la cerrada) en cuanto a la certidumbre del acto; ya sea en la verdad de los hechos consignados, con validez *iuris et de iure* hasta que una sentencia declare su falsedad; ya en la legalidad de las disposiciones, con validez *iuris tantum* hasta que los tribunales declaren su nulidad; también en cuanto a la seguridad de la conservación del testamento; e, incluso, en cuanto a los gastos, pues en ella no existen los causados por la protocolización tras la muerte del testador.

(119) **Lugar de otorgamiento:** La falta de especificación del lugar de otorgamiento podría salvarse por la aclaración hecha en el curso de las disposiciones, por la identificación del sello de la notaría, etc. No obstante, la consignación del lugar sirve para determinar la competencia del notario autorizante, la legislación por la cual ha de regirse el testamento y la jurisdicción para el juicio de testamentaría.

1) *Declaración y redacción.*

En el testamento, la declaración de voluntad puede hacerla el testador **oralmente** (120) o **por escrito** y siempre personal, espontánea y libremente (121).

La **redacción del testamento abierto** es tarea a realizar personalmente por el notario, aunque ello no quiere decir que éste haya de escribir materialmente el testamento, sino que, aun escrito físicamente por otra persona, la redacción proceda de un texto que él ha elaborado a partir de lo que transmitió el disponente (122). Asimismo, para que el testamento sea fiel reflejo de la voluntad expresada por el testador, deberá el notario indagar e interpretar el sentido de las disposiciones de éste, pidiéndole aclaraciones si lo estima necesario. En este sentido, la utilización de los medios de reproducción se puede considerar como una forma oral de manifestar la voluntad (a través de la “cinta audio” o del “vídeo”, etc.), ya que el notario, antes de la firma del testamento, procederá a leerlo al testador o éste lo leerá personalmente, y lo firmará si lo leído se corresponde con su voluntad.

Como **formalidades específicas de la redacción** exige el anotado artículo 695 la “*expresión del lugar (123), año, mes, día y hora de su otorgamiento*”:

(120) La declaración deberá ser de “viva voz”, pues no cabe una manifestación por medio de signos, de gestos o respondiendo sólo con una afirmación o negación a las preguntas que le hiciese el notario (art. 695 CC: “*El testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos*”).

(121) En este sentido, puede manifestarse la última voluntad por escrito (manuscrito por el testador o por otra persona al dictado de éste) o a máquina, impresora de ordenador u otro medio mecánico (manejado por el testador o por otra persona que materialmente transcribe lo que él le dicta); también puede efectuarse la declaración presentando el testador al notario unas notas indicativas o un borrador o minuta del testamento.

(122) Por su parte, en alusión a las formalidades testamentarias, la doctrina opina unánime que el documento debe **consignarse por escrito**; pues han de observarse las prevenciones establecidas para el testamento común abierto en los artículos 694 al 699; pero a nuestro entender no han de observarse todas y cada una de las formalidades, sino las necesarias para acreditar formalmente y con suficiente garantía la voluntad del otorgante.

(123) Se expresará el nombre de la ciudad o población donde se autoriza el testamento y, a ser posible, conviene indicar la localidad.

La expresión de la **hora** (124) y la **fecha** (125) es un requisito para juzgar la capacidad del testador (126) y la idoneidad de los testigos (127). Además permitirá determinar, dado el caso, qué testamento prevalece cuando hay uno posterior (128).

En cualquier caso, en la redacción debe claramente hacerse constar **quién va a dar fe del acto**, por lo que además del nombre y apellidos deben consignarse los datos profesionales del notario, facilitando su posterior identificación (129). A continuación se reseñarán, si cabe, los **testigos instrumentales** (130), consignando sus nombres, apellidos y DNI, haciendo constar que son idóneos (131).

(124) Respecto al **emplazamiento** dentro del documento testamentario de la mención a la hora del otorgamiento es preferible indicarla al final de los mismos, con referencia al momento de la firma. Y ello no sólo por ser éste el instante en el que la voluntad manifestada por el testador queda perfeccionada como testamento, sino porque conviene obviar las interrupciones que, sin vulnerar la unidad de acto, hacen que el otorgamiento pueda prolongarse más de lo normal.

(125) En este sentido, el Código de Sucesiones por causa de muerte de **Cataluña** (al que sigue la Ley aragonesa de Sucesiones en su art. 108) en su artículo 125 establece: "*La falta de expresión de la hora no anulará el testamento si el testador no otorgó ningún otro en aquella fecha*". Bien se ve que la dispensa no se hace de modo absoluto al referido defecto, sino en determinada circunstancia: que no se haya otorgado otro testamento en el mismo día.

(126) **Artículo 666 del CC:** "*Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento*".

(127) **Artículo 683 del CC:** "*Para que un testigo sea declarado inhábil, es necesario que la causa de su incapacidad exista al tiempo de otorgarse el testamento*".

(128) Puesto que el CC posibilita el otorgamiento de **testamentos especiales** cuando concurren determinadas circunstancias, será necesario saber la fecha exacta del otorgamiento para tener certeza de que dichas circunstancias existieron. En consecuencia, para la validez de los testamentos especiales la expresión del lugar, fecha y hora del otorgamiento resulta determinante, por ser imprescindible para acreditar la concurrencia de las circunstancias extraordinarias que posibilitan el uso de una forma de disponer prevista sólo para estos casos.

(129) Por otra parte, como dijimos, el notario deberá hacer constar que a su juicio se halla el testador con la **capacidad** necesaria para otorgar testamento, y deberá dar fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente; en caso de no ser ello posible deberá hacerlo constar, *reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo*. En definitiva, el notario deberá discernir si el testador tiene capacidad legal necesaria para otorgar testamento. En todo caso, puede consultar con un facultativo y hacer constar el diagnóstico de éste. En otro orden de cosas, la exigencia de **edad** en el testador, independientemente de que será una circunstancia fácilmente conocida por el notario, en la práctica no planteará problemas, ya que es difícil que existan otorgantes que no alcancen la corta edad de catorce años exigida por el artículo 663.1.º del CC. A este respecto, los requisitos que el Código Civil establece en los artículos 662 a 666 para la capacidad del testador tampoco son complejos; se parte de una presunción de capacidad en el primero de dichos artículos para señalar en el siguiente como únicos incapaces a los menores de catorce años y a los que no se hallen en su cabal juicio. En esta línea argumentativa se plantean pocas dudas al notario, pues se le supone cierto nivel de conocimiento y capacidad de apreciación de los requisitos del artículo 663.

(130) No podrán intervenir como testigos ni los ciegos, ni los sordomudos, ni los completamente sordos, por hallarse incapacitados naturalmente. Sin embargo, no existe inconveniente para que sean testigos los extranjeros que conozcan nuestra lengua. Véase epígrafe "Testigos".

(131) El **nombre** de los testigos, si éstos han de concurrir, es un requisito del documen-

2) Lectura, conformidad y firma.

Redactado el documento se procederá a su lectura, como presupuesto para la conformidad y validez del negocio testamentario (132).

Por otra parte, en virtud del artículo 695 (y con independencia de que se haya hecho uso del derecho a leer personalmente el testamento), **el notario debe leer el testamento íntegramente** (no debe limitarse a dar sólo lectura de la parte “dispositiva”) **y en alta voz** (de manera audible) al testador, testigos y demás concurrentes, a todos juntos y en un solo acto (133). Efectuada la lectura (134), el testador habrá de dar su **conformidad plena y claramente** (135).

to testamentario; sin embargo, entendemos que no afecta a la validez del testamento la circunstancia de que el segundo apellido del testigo se enuncie sólo con la inicial, si no existe controversia sobre la individualización de éste o hay otros datos que permiten identificarlo. En cuanto a la **edad**, se ha resuelto que, aunque ésta no se consigne exactamente, si se dice que el testigo es mayor de edad o se hace constar su número del Documento Nacional de Identidad, el otorgamiento es válido. Es más, doctrinalmente se ha considerado que basta con la expresión de que los testigos son idóneos, a los fines de la validez del testamento. Así, quien pretenda la nulidad de un testamento por falta de consignación de la edad exacta de los testigos caerá con la carga de la prueba de dicha falta.

(132) El notario deberá advertir expresamente al testador del derecho que tiene a leer por sí el testamento. El testador podrá proceder a leerlo por sí o conformarse con la lectura realizada por el notario. Éste, a su vez, deberá también advertir a los testigos (que intervienen necesariamente cuando se dé algún supuesto del art. 697) o, en su caso, a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 698, de su derecho a leer el testamento por sí mismos, siendo conveniente que se refleje en el documento dicha advertencia.

(133) En resumen, el notario, después de haber redactado por escrito el testamento con arreglo a la voluntad que oralmente, o por escrito, le haya expresado el testador, leerá lo transcrito en alta voz, después de advertir a éste del derecho que le asiste a leerlo por sí, para que en presencia de los testigos, que habrán asistido también a la lectura, manifieste si dicho escrito es conforme con su voluntad. Si lo es, será firmado en el acto por el testador, si no puede hacerlo lo hará por él, a su ruego, uno de los testigos. No obstante, la lectura, la manifestación de conformidad del testador y la firma del testamento se deberán hacer en **unidad de acto**, es decir, sin interrupciones que no sean debidas a un *accidente pasajero* (art. 699 del CC).

(134) En su caso, el intérprete, que estará presente en el otorgamiento, deberá leer el testamento al testador en el idioma oficial empleado por el notario en la redacción y en el que el propio testador utilizó. **Artículo 684 del CC:** “*Cuando el testador exprese su voluntad en lengua que el Notario no conozca, se requerirá la presencia de un intérprete, elegido por aquél, que traduzca la disposición testamentaria a la oficial en el lugar del otorgamiento que emplee el notario. El instrumento se escribirá en las dos lenguas con indicación de cuál ha sido la empleada por el testador. El testamento abierto y el acta del cerrado se escribirán en la lengua extranjera en que se exprese el testador y en la oficial que emplee el Notario, aun cuando éste conozca aquélla*”.

(135) El consentimiento ha de darse de manera explícita e incondicional, resultando indudable para el notario (y, en su caso, testigos) dicha conformidad, que se consignará como concluyente en el documento testamentario. Con todo, el legislador no exige que el notario haga constar expresamente en el documento que el testador ha dado su conformidad con la redacción y, aunque pudiera entenderse que dicha conformidad queda suficientemente acreditada con la firma del disponente, resulta aconsejable que conste expresamente en el documento *la manifestación del testador de que el testamento leído es conforme con su voluntad*.

En nuestra opinión, la omisión de la lectura del testamento por el propio notario no conlleva la nulidad del mismo si su texto fue leído por otra persona en su nombre y dio su asentimiento el causante (y frente a los testigos que, en su caso, presencien el acto), ya que el espíritu del artículo 695 del Código Civil no es disponer expresamente que el testamento sea leído personalmente por el notario (136).

Tras la lectura del testamento, y una vez que el testador ha manifestado su conformidad, lo **firman** éste, los testigos (137) y las personas que, en su caso, deban concurrir al acto del otorgamiento (138). Pero en el supuesto de que el testador no supiera o no pudiera firmar, "*lo hará por él y a su ruego uno de los testigos*" (art. 695 del CC) (139).

Por ello, a efectos prácticos, si el testador manifiesta "*no saber*" o "*no poder firmar*", pero después se acredita la falsedad de dicha manifestación (140), la consecuencia puede ser la falta de la firma del testador sabien-

(136) No puede pretenderse invalidar el otorgamiento en base a formas establecidas para otras escrituras públicas que no guardan relación con el testamento abierto. Por otra parte, la formalidad de que los testigos presencien el otorgamiento (arts. 679 y 697) debe considerarse cumplida aun cuando no se exprese en el documento testamentario; pues si los testigos suscriben al final del documento el fiel reflejo de éste con respecto a la voluntad del testador, ello implica que aquéllos han presenciado la lectura del testamento.

(137) La reforma del CC de diciembre de 1991 suprimió la dación de fe de que el disponente ha declarado que no sabe o no puede firmar y por eso firma por él uno de los testigos. No obstante, el notario deberá dar fe de esa circunstancia en el testamento, de acuerdo con el artículo 195 del **Reglamento Notarial**.

(138) La firma debe ser la habitual, formada por la denominación del autor (aunque sea incompleta o ilegible la expresión del nombre y apellidos, si así se usa), más, en su caso, el trazo que constituye la rúbrica. Al notario le basta con atenerse a la declaración del testador de no saber o no poder firmar para requerir que lo haga "*por él y a su ruego uno de los testigos*". Pero conviene que el notario insista en que el testador firme el testamento, por si se trata de una simple pérdida del hábito de firmar o es el nerviosismo o la fatiga lo que mueve al disponente a manifestar la incapacidad para firmar pudiendo hacerlo. Por lo demás, si el testador no sabe o no puede firmar puede estampar en el testamento su **huella dactilar**; pues dadas las circunstancias en que se otorgan algunos testamentos (por ejemplo: en situación de enfermedad del otorgante) y dada también la necesidad en algunos testamentos de la adveración, resulta muy conveniente acudir a la medida cautelar de hacer estampar la huella del dedo índice derecho del testador. Así, refiriéndose al testamento notarial abierto, recuerda RIVAS que esta medida, si bien no obligatoria, como ha señalado el Tribunal Supremo, es frecuentemente empleada por los notarios (RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *El testamento abierto otorgado ante notario después de la Ley de 20 de diciembre de 1991*, Dykinson, Madrid, 1993, p. 96).

(139) En cuanto al **testador que no firma** por una incapacidad, el motivo de no saber firmar o de no poder hacerlo debe ser mencionado en la escritura. No obstante, la constancia de esta circunstancia divide a la doctrina, porque mientras algunos autores entienden suficiente que el notario consigne "que el testador no puede firmar", otros señalan que en la escritura debe constar que "la imposibilidad resulta de una declaración del testador al Notario".

(140) Hay que contemplar la posibilidad de que el testador falleciere después de haber manifestado su última voluntad, pero antes de haber firmado el documento; en tal caso no será válido como testamento. No obstante, si el testador llega a estampar su firma en el testamento,

do éste firmar, y supone el quebrantamiento de la formalidad de la suscripción del documento por el otorgante; mas en realidad lo que subyace es una hipotética o presunta falta de consentimiento, no una infracción de formalidades (141), teniendo el juez que dilucidar si hubo o no consentimiento. Por lo cual el notario debe procurar llevar al conocimiento del testador la importancia de su declaración de no saber o no poder firmar, y debe, además, dejar constancia y distinguir de cuál de estos dos supuestos (no saber o no poder) se trata (142). Pues la firma del disponente es un requisito para la validez del testamento (143); ya que, en defi-

pero muere antes de haber firmado el notario o los testigos, o uno y otros, como el testamento está ya otorgado, quien faltare por hacerlo debe firmar, haciéndose referencia en el testamento a la muerte repentina del disponente y al hecho de haber tenido ésta lugar cuando sólo quedaba la firma de quien luego la plasma.

(141) Recoge este criterio de nulidad formal del testamento la **sentencia de 10 de noviembre de 1973**, que dispone: "... en relación con el testamento abierto, el artículo 695 del Código Civil prescribe que será firmado por el testador, y que si éste declarara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él, a su ruego, uno de los testigos instrumentales u otra persona, dando fe de ello el Notario, y es evidente [...] que si el testador sabe y puede firmar, tiene necesariamente que autorizar el testamento con su firma, por así disponerlo de modo imperativo el párrafo primero del artículo 695, siendo sólo permisible su omisión y sustitución por la firma de uno de los testigos instrumentales o de otra persona cuando concurra alguna de las dos causas que establece el párrafo segundo del mismo precepto legal, por donde si se acredita, cual aquí acontece, que *la manifestación en virtud de la cual firmó el testigo es inexacta*, el caso viene a ser equivalente al de un testamento que se encuentra sin firma del testador, carente, por tanto, de un requisito tan esencial, y en su consecuencia *nulo*, en virtud de lo prevenido en el artículo 687 del Código Civil; así lo tiene declarado esta Sala, en un caso idéntico al actual, en sentencia de 4 de enero de 1952, y también, aunque incidentalmente, en la de 31 de enero de 1964..."

(142) Así, dice GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IX, vol. I-B, arts. 694 a 705, Edersa, Madrid, 1987, p. 88) que "si el testador no firma y resulta que el impedimento por él manifestado para hacerlo resulta inexistente o falso, es evidente que su mendaz declaración fue expediente utilizado para no firmar el testamento, lo que hay que interpretar como un claro rechazo a la aprobación de su última voluntad". En definitiva, se suele defender que la resistencia que a la firma oponga un otorgante puede deberse a que el nerviosismo le suponga firmar con dificultad, pretendiendo evitarlo. La dificultad para firmar es, a fin de cuentas, una de las causas más frecuentes de inexactitud de la declaración de "no saber o no poder firmar", más que la voluntad de hacer ineficaz el testamento. Pero, mientras no se produzca un cambio legislativo o varíe la línea jurisprudencial, la interpretación debe ser que la falsedad de la declaración de no saber o no poder firmar conlleva la nulidad del testamento. En este orden de cosas, se mantiene que **la inexactitud de la declaración** de no saber o no poder firmar evidencia el ánimo del testador de no disponer de sus bienes en la forma que aparece en el testamento, como argumento a favor de la nulidad.

(143) En cuanto a la **verificación de la firma**, ésta se compone habitualmente del nombre y del primer apellido, pero ello no es indispensable: basta con que el testador haya empleado la firma habitual. En tal sentido, son válidas las firmas ilegibles (como las hechas con trazos de difícil o imposible lectura) si el testador acostumbra a usarla en los instrumentos públicos o privados. Por lo demás, el uso del seudónimo como firma no invalida la disposición, siempre y cuando dicha forma de identificación sea notoria o conocida. Por su parte, es generalmente aceptado que se cumple con el requisito de falta de firma si media declaración del testador en

nitiva, lo esencial en nuestro Derecho no es la especificación de la causa del impedimento físico, ni aun la realidad de éste, sino la autenticidad de la declaración del testador de que no firma, alegando un padecimiento físico o incluso su arraigada costumbre de “no firmar nada”, por decirlo así.

6. De los testamentos cerrados.

1) *Redacción y firma.*

La primera formalidad de un testamento cerrado es la de su redacción o escritura, así se desprende indudablemente del artículo 706 (144). Pero aunque dicho precepto permite la escritura del testamento “*por otra persona a ruego del testador*”, resultará más indicado que el disponente escriba de propia mano su última voluntad (145); pues si se omiten involuntariamente algunas de las exigencias legales, el testamento podría ser válido como testamento ológrafo (146), si cumple los requisitos de éste (147).

Aun así, el testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado o cerrándolo y sellándolo en el acto ante el fedatario, indicando explíci-

la que éste expone su imposibilidad de poder firmar, sin necesidad de que se certifique o compruebe documentalmente dicha declaración, siempre que aparezca indudable su voluntad de disponer y su consentimiento al acto sin rubricar (autonomía de la voluntad).

(144) Si el testador no pudiese firmar por alguna causa, “lo hará a su ruego al pie y en todas sus hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad” (art. 706). En definitiva, es requisito necesario que el testador haya dejado autorizada la escritura testamentaria, para que pueda ser objeto de la correspondiente formalización.

(145) En cualquier caso, otorgante del testamento cerrado, a pesar de que debe ser escrito, puede ser quien está en condiciones y con capacidad para leer y escribir (art. 708 CC) o quien no puede o pudiendo no quiere escribir; pues la exigencia de la escritura del testamento puede salvarse a la libre elección del otorgante: bien escribiéndolo todo a mano o por medio mecánico (o en parte de una u otra manera) él mismo; bien valiéndose para toda o parte de la redacción de una o varias personas que por él lo hagan, como meros escribientes. Por este carácter de mero ejecutor material **la identidad de quien realice la escritura a ruego del testador puede quedar desconocida**, aunque resulta conveniente su nombramiento en el propio escrito testamentario o en el acta de otorgamiento, por si se impugna la autenticidad de aquél.

(146) Siguiendo con esta interpretación *favor testamenti*, una vez declarada, la “alegalidad” del testamento cerrado por defectos de forma no acarrea necesariamente la nulidad de las disposiciones testamentarias que estuvieren escritas y firmadas por el testador (art. 715 *in fine* CC); así, por ejemplo, un testamento cerrado que no hubiera sido firmado por los testigos valdrá como ológrafo si estuviese escrito y firmado por el causante, como veremos más adelante.

(147) En relación a la posible **anulabilidad del testamento**, por no haberse observado las solemnidades previstas, conviene resaltar como apropiado que el escrito testamentario sea redactado todo él de puño y letra por el testador y firmado por éste, incluyendo la fecha; pues de ser así podría evitarse su nulidad mediante la conversión en testamento ológrafo del testamento cerrado afectado de anulabilidad.

tamente que el pliego que presenta contiene su testamento y cómo éste está escrito y firmado (148), de todo lo cual **da fe el notario** (149).

En fin, por las razones expuestas, el testador deberá expresar su disposición por escrito y firmarla por sí mismo: bien sólo al final, como hemos indicado, si la escribe de su puño y letra (150); bien, además, en todas

(148) Esta indicación la hará el testador: en forma oral o, cuando no pueda expresarse verbalmente, por escrito realizado en la parte superior de la cubierta; y por sí o, cuando se exprese en lengua que el fedatario no conozca, por medio de intérprete.

(149) Por lo demás, **las formalidades** serán las **previstas en la Sección Sexta, "De los testamentos cerrados"**, a saber: disposiciones generales sobre las formas de redactar el testamento; necesidad de salvar las *palabras enmendadas*; clausura del testamento; presentación al notario; redacción del acta de otorgamiento y la fe general y especial de cumplimiento de formalidades. Por su parte, el artículo 706 del CC permite **tres formas distintas en la confección del testamento**: Dos para quien sabe leer y escribir y una tercera para quien se ve imposibilitado de esto último y de firmar: – La primera consiste en escribir el testador por sí mismo toda la disposición testamentaria, rubricando las hojas, salvando al final del clausulado las palabras tachadas y poniendo a continuación su habitual firma; – La segunda permite valerse de un escribiente para que suscriba las disposiciones que dictará el testador, poniendo éste su firma entera al pie del documento, así como en cada una de las hojas que se hayan empleado; – La tercera se singulariza por estar toda ella escrita por otra persona distinta del otorgante, si bien es imprescindible hacer constar las causas de la imposibilidad del testador para firmar las hojas del documento. Son formalidades concurrentes para el otorgamiento, en cualquiera de las formas enunciadas: que el testador comparezca ante el notario y, en su caso, los testigos; el notario y los testigos deberán asegurarse de la identidad del otorgante por cualquiera de los medios que señalan, respectivamente, los artículos 685 y 686 del Código Civil y uno y otros juzgarán si se halla en su "sano juicio" y posee la capacidad legal para la celebración del acto que se propone. Hecho así, el testador manifestará que el pliego que presenta contiene su testamento, especificando si se halla escrito, rubricado y firmado por él al final de la disposición; o que, por estar escrito de mano ajena, fue estampada su firma entera en todas las hojas y al pie del documento; o que éste se encuentra escrito y firmado a su instancia por la mano de otro, por no saber o no poder el testador. Seguidamente, se procederá a la clausura del testamento dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse aquél sin romperse ésta. Cumplidos los anteriores requisitos, procederá a extenderse el acta, precisamente en la cubierta que guarda el testamento, haciéndose constar por medio de ella las circunstancias siguientes: Expresión del lugar, hora, día, mes y año; nombre y apellidos del notario; nombre y apellidos de los testigos, en su caso; fe del conocimiento del testador por el notario y los testigos; fe de hallarse el testador con la capacidad legal necesaria; indicaciones del compareciente; medio con el que se halla cerrado el documento en su cubierta, número de sellos, papel, etc., para poder identificarlo; expresión de que se dio lectura del acta a todos los presentes, con sus advertencias legales; conformidad explícita del otorgante y firmas del testador, testigos, en su caso, y del notario. Conforme al artículo 711, se disponen respecto a su **conservación** tres medios distintos: El testador podrá conservar en su poder el citado testamento cerrado, encomendar su guarda a una persona de su confianza o depositarlo en poder del notario para que lo custodie.

(150) Como reza el artículo 706 *in fine*: **Las palabras enmendadas, tachadas, o escritas entre renglones deben ser salvadas antes de la firma** por quien la estampe, emplazando la salvedad inmediatamente antes de ella, lo que es más normal y evita otra firma, o al margen del punto en que se encuentre la irregularidad, o incluso en un nuevo pasaje, en estos casos siempre con firma. Cuando las enmiendas, tachaduras o interlineados aparezcan sin salvar se tendrán por no puestos y, por tanto, carentes de eficacia; pero si afectan a las partes esenciales del testamento provocarán su nulidad.

las hojas, si el testamento lo escribe él por medio mecánico u otra persona a su ruego (151).

No obstante ello, si la escritura puede delegarla el testador, aunque él sepa y pueda escribir, **no puede encargar la firma a otra persona**, salvo cuando realmente, como dijimos, no sepa o no pueda firmar (152). En tal caso, se hará mención de la causa de la imposibilidad, que de no ser cierta podría provocar la nulidad del testamento.

Por su parte, el **testamento cerrado** debe estar firmado por el testador; pero *no es indispensable que esté fechado o que se designe el lugar* (153). En efecto, el Código no exige que el documento contenga la fecha o el lugar a los fines de la validez del testamento; por tanto, no se puede alegar la nulidad del testamento cerrado por la omisión de la fecha o el lugar, más cuando estos datos quedan consignados notarialmente en el acta de otorgamiento. En efecto, se podría defender que **el testamento cerrado sin fecha será válido** si el acta de otorgamiento de la cubierta contiene la fecha en la que el testamento fue entregado al notario; requisito preceptuado por el artículo 707.6.^a del CC. Por lo que consideramos que **la falta de fecha no afecta a la validez del testamento** cuando no está comprometida la capacidad del otorgante (154); solución que ya fue incorporada al artículo 979 del **Código Civil Francés** por la Ley de 8/2/1950. Por lo que entendemos que planteado el supuesto ante un juez, o bien debe éste declarar válido como ológrafo el testamento cerrado nulo por falta de fecha (conversión), o bien debe dar validez al testamento no datado (155).

(151) La firma debe ser estampada de modo que por su emplazamiento en el escrito testamentario se aprecie que el firmante asume todo el texto, normalmente al final del documento; pero cuando haya razón para ello la firma puede ir en el margen donde quede espacio libre, con tal que resulte con absoluta claridad que el firmante conoce y aprueba el texto. Es suficiente que, cuando el escrito ocupe varias hojas, se firme en una sola de las caras de cada hoja.

(152) La firma es, en todo caso, prueba de lectura del escrito testamentario por el testador y de su conformidad con el mismo; pues, aunque firme otra persona a su ruego, ello sólo significa que, habiendo leído el testador el testamento y conforme con él, pide a otra persona que manifieste esta conformidad firmando en su nombre, ya que el testador no puede expresarla con su propia firma, por no saber o no poder materializarla. Y aunque no exige el Código que se identifique la persona que firma por el testador, está fuera de dudas que en el escrito testamentario o en el acta de otorgamiento deberá constar su identidad.

(153) En este orden de cosas, se sostiene que para la validez del testamento ológrafo basta con que el testamento cerrado y nulo por defecto de forma estuviere firmado y escrito por el testador, sin ser necesario que esté fechado. Sus sostenedores se atienen al texto expreso del artículo 706, que requiere solamente escritura y firma, y alegan que el codificador conocía la discusión existente sobre este punto y que si omitió mencionar la fecha fue porque no lo consideró un requisito imprescindible para la validez del testamento.

(154) En este sentido, la fecha en el testamento es más bien un elemento externo que certifica o aclara "temporalmente" las posibles dudas de capacidad (al tiempo del posible otorgamiento) o revocación (si existe otro testamento, que puede ser anterior o posterior).

(155) En cualquier caso se puede apreciar la responsabilidad por negligencia del notario autorizante (art. 715 del CC).

2) Cerrado, sellado y acta del otorgamiento.

Una vez redactado el documento testamentario se procede a **ponerlo en el interior de una cubierta, cerrándola y sellándola** (156), bien antes o tras comparecer el testador ante el notario, de manera que no pueda extraerse el testamento sin romper el sellado (157).

A continuación, sobre la envoltura en la que quedó encerrado el escrito testamentario (o sobre la cara exterior en blanco del mismo, cuando se dobló y cerró con lo escrito oculto por dentro), se procede a **redactar el acta** del otorgamiento (158).

Finalmente, el acta mencionará el lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento (159), datos que son anotados cuando se comparece ante el fedatario (160) (y que prevalecerán sobre la mención que se hubiera hecho en el escrito testamentario interior); pues tienen relevancia a efectos de

(156) Con la colocación de los sellos (uno o varios, que podrán ser de cualquier materia susceptible de recibir una marca indeleble, reseñable en el acta y que se rompa al sacar o desdoblarse el documento) termina el cerrado y sellado del escrito testamentario, de cuya correcta ejecución deberá cerciorarse el notario; pues puede incurrir en responsabilidad, a tenor del artículo 715.

(157) Esta operación deberá hacerse personalmente por el testador o por otra persona bajo su vigilancia, por lo que, en virtud del artículo 708, está vedado el testamento cerrado a los ciegos.

(158) El acta, además de la identidad de los intervinientes, expresará el número y marca de los sellos con los que está cerrado el testamento y en ella se dará fe del conocimiento del testador (o de haber sido identificado y por medio de qué documentos) y de hallarse, a juicio del fedatario, con capacidad para testar. Recogerá también el acta si el testador ha comparecido con el testamento ya cerrado y sellado (o si esa operación se ha realizado en ese acto) y la manifestación de éste sobre el hecho de que el pliego que presenta contiene su testamento, sobre la forma en que está escrito y firmado y sobre cualquier especificación que deba manifestar el testador (por ejemplo, número de hojas, clase de papel, idioma en que está redactado, identificación del escribiente, etc.). Es decir, **recogerá el acta lo sucedido en el otorgamiento**, si no excede de lo que corresponde a su finalidad y es conforme con la naturaleza del acto (una rectificación al contenido del escrito testamentario o una revocación del testamento anterior, por ejemplo, son impropias de este documento). Como sabemos, también expresará el acta de otorgamiento la declaración que, en su caso, hubiera hecho el testador de no saber o no poder firmar, por lo que habrá firmado por él, a su ruego, uno de los dos testigos que concurren por darse tal circunstancia o por darse alguna circunstancia del artículo 707, número 5.º, párrafo segundo, y número 7.º

(159) **La redacción del acta es tarea a realizar personalmente por el notario**, aunque ello no quiere decir que éste haya de escribirla materialmente, sino que, aun escrita por otra persona, la redacción proceda de un texto que él ha elaborado.

(160) Conviene puntualizar que el testamento cerrado tiene carácter mixto y **se compone de dos documentos o partes**: 1.º La llamada *parte interna*, constituida por un documento privado en el que se encuentra redactada la voluntad del testador, documento que debe ser cerrado y sellado bajo una cubierta y presentado al notario y, en su caso, a los testigos; 2.º La denominada *parte externa*, o instrumento público del testamento cerrado, que sobre la cubierta debe extender el notario con intervención de los testigos, en su caso.

determinar la posible validez de un precedente o posterior testamento y la cabal capacidad del otorgante.

Extendida el acta, el fedatario advertirá al testador del derecho que tiene a leerla por sí y, si éste no hace uso del tal derecho, la leerá aquél en voz alta. Una vez leída, en prueba de conformidad, la firmará el testador y, en su caso, las personas que deban concurrir (161).

7. Un modelo de referencia: la Ley Uniforme sobre la Forma del Testamento.

La Ley Uniforme sobre la Forma del Testamento, aprobada en la Convención celebrada en Washington del 16 al 26 de octubre de 1973, nos viene a indicar que por la vía internacional se intenta introducir en los distintos derechos nacionales una nueva forma de testamento (162), por lo que consideramos interesante reflexionar sobre la razón de ser de las exigencias tradicionales para otorgar testamento y compararla con la nueva forma testamentaria. En virtud de ella, y al ser ratificada, entrará en vigor en cada Estado, en paridad de condiciones con las formas previstas por la legislación nacional, una nueva forma de testamento, utilizable tanto por los nacionales como por los extranjeros. A diferencia, sin embargo, de los restantes testamentos regulados por la legislación nacional éste tiene eficacia internacional, ya que el testamento otorgado de acuerdo con esta Ley es válido en cuanto a su forma "cualquiera que sea el lugar en que se otorgue, la ubicación de los bienes, la nacionalidad, domicilio o residencia del testador" (art. 1.º, punto 1.º de la Ley Uniforme).

En efecto, la ratificación de la Convención de Washington implica la admisión de una nueva forma de testamento, con un ámbito de eficacia muy superior a las restantes formas reguladas por el Código Civil. Como, por otra parte, sus requisitos son menores que los exigidos para las for-

(161) Entre los posibles concurrentes al otorgamiento del testamento cerrado podemos enumerar los más comunes: el intérprete; los facultativos que hubieran reconocido la capacidad del testador; los testigos de conocimiento; y, por último, los testigos que deben asistir al otorgamiento del testamento cuando se presente alguno de los supuestos del artículo 707, número 5.º, en su párrafo segundo, o número 7.º: "*Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los dos testigos idóneos que en este caso deben concurrir*", dice el artículo 707.5 *in fine* (este testigo firmará dos veces, por sí y por el testador).

(162) Así, la Ley Uniforme es la culminación de un largo proceso político empujado por una cuestión de actualidad: la movilidad de grandes masas de población a la que asistimos en los tiempos actuales ha hecho surgir, entre otros muchos problemas, el de los residentes, transitoria o permanentemente, en un país distinto al suyo, que encuentran a veces dificultades para expresar en forma válida su última voluntad. Esta aspiración es la que ha obtenido cumplida satisfacción de la mencionada Conferencia de Washington, que recogiendo un proyecto de UNIDROIT aprobó una Convención sobre Forma de Testamento Internacional.

mas habituales y su inobservancia sólo en supuestos extremos produce la nulidad (art. 4.º), es importante estudiar cuál es la justificación de las tradicionales formas testamentarias y si las garantías que significan se dan también en la nueva forma de testamento internacional o, en otro caso, si dichas garantías no tienen ya razón de ser; ya que la admisión de la forma internacional de testamento en una legislación como la nuestra, inspirada en materia testamentaria en el modelo del *Code Napoléon*, debe llevar indeclinablemente a una reforma de la legislación testamentaria que aligere ésta de sus formalidades tradicionales, por cuanto no tendría sentido mantener las rígidas formas actuales mientras se admite una nueva con menos formalidades y de mucho mayor ámbito de aplicación.

Así, el fruto de la Convención de Washington es introducir una nueva forma de testamento que, aunque lleva el nombre de “internacional”, no quiere decir que se trate de una forma testamentaria limitada a los extranjeros. Una vez promulgado en el país regirá con idéntico carácter y efectos que las restantes formas testamentarias admitidas por los Códigos nacionales. El apellido “internacional” le viene al ser admitido por el mayor número posible de países. En tal sentido, como dice PRADA GONZÁLEZ, para un jurista del continente europeo el testamento internacional evoca sobre todo al testamento libre de requisitos excesivos, si se tiene en cuenta que son muy pocos los que se exigen bajo pena de nulidad en el mismo y que, en particular, quedan fuera de tal pena todos los que sirven como prueba del testamento (163).

En cuanto a la forma, el testamento internacional consta de dos elementos perfectamente diferenciados y de valor muy diverso: El propio testamento internacional (regulado en los arts. 3 al 7) y una certificación que tiene por fin dotar de un medio de prueba al testamento (arts. 9 al 13). Este desdoblamiento del testamento, en cuanto a su ejecución, en dos fases distintas es una novedad que rompe con el carácter unitario y solemne que tiene entre nosotros. Si a esto añadimos que la “ausencia o irregularidad de la certificación no afectará a la validez formal del testamento otorgado conforme a la presente Ley” (art. 13), la certificación tiene el simple valor de medio de prueba y su objetivo es acompañar al testamento a modo de certificado de garantía.

En resumen, los **requisitos** del testamento internacional son:

- Deberá ser escrito y no necesariamente por el testador. Podrá escribirse en cualquier idioma, a mano o por otros medios (art. 3).
- El testador deberá declarar ante dos testigos y una persona habili-

(163) PRADA GONZÁLEZ: “Las formalidades testamentarias y la nueva Ley Uniforme”, VVAA, Tecnos, Madrid, 1976, ob. cit., p. 502.

tada para autorizar testamentos internacionales (164) que el documento es su testamento y que conoce su contenido (art. 4, párr. 1). La Ley puntualiza el carácter secreto que ha querido dar al testamento internacional, al decir en el párrafo 2.º del artículo 4 que “el testador no tiene que informar a los testigos ni a la persona habilitada sobre el contenido del testamento”.

— Ante los testigos y la persona habilitada, el testador firmará el testamento o, si ya lo había firmado anteriormente, deberá reconocer su firma. Cuando el testador no pueda firmar, la Ley dice que manifestará la causa de ello a la persona habilitada, quien lo hará constar en el testamento. Además, y si la Ley de la persona habilitada lo autoriza, podrá designar a otra persona para que firme en su nombre (art. 5, párr. 2.º). En ese mismo momento y lugar los testigos y la persona habilitada firmarán el testamento en presencia del testador (art. 5, párr. 3.º).

— Puntualiza el artículo 6 que las firmas deberán estamparse al final del testamento; que si el testamento comprende varias hojas, cada una de ellas deberá ser firmada por el testador, o si éste no puede firmar, por la persona que lo haga en su nombre o, de no existir ésta, por la persona habilitada. Además, las hojas deberán estar numeradas.

— En cuanto a la fecha del testamento, ésta será la de su firma por la persona habilitada y deberá ser consignada al final del testamento por dicha persona (art. 7).

Con todo, el valor e importancia de estos requisitos no es el mismo, porque el artículo 1 de la Ley puntualiza que el testamento será válido en cuanto a su forma si se hace conforme a lo establecido en los artículos 3 al 5. Por lo que, comparando el testamento internacional con las formas testamentarias de nuestro país, comporta el primero la novedad de separar las formalidades testamentarias en aquéllas cuya inobservancia produce la nulidad y otras cuya ausencia no afecta a la eficacia del testamento. En tal sentido, los autores del proyecto justifican esta postura con el argumento siguiente: “Conviene finalmente subrayar que el texto impone dos categorías de requisitos: los que se prescriben y cuya inobservancia anularía el testamento internacional (arts. 2 al 4) y aquellos que,

(164) La figura de la “persona habilitada” es resultado de una transacción entre los mundos jurídicos latino y anglosajón. Es sabido que en el Derecho continental es el notario quien interviene en la preparación y formalización de testamentos, siendo su presencia una garantía de autenticidad y produciendo los efectos que las leyes conceden a la fe pública. Como la figura es desconocida y los *notary public* no parecen poder asumir las funciones que nuestros notarios cumplen, se ha acudido a la fórmula más flexible, pero también más ambigua, de crear la figura de la “persona habilitada”, pensando que en los países en que existe notariado sea éste quien asuma estas funciones, y en el mundo anglosajón parece que esta función podría atribuirse a los *solicitors*.

por el contrario, no entrañarían sanciones al no cumplirse. Los primeros constituyen la seguridad del testador; pues la garantía del respeto a la voluntad de este último ha sido, en efecto, la inquietud principal de los autores del proyecto. En cuanto a los requisitos de los artículos 5 y siguientes, éstos han sido formulados con el fin de garantizar una unificación más completa de las formas, pero este objetivo se ha considerado secundario en comparación con la fidelidad de la voluntad del testador, por lo tanto, su infracción no se sanciona" (165). Entre esos requisitos de segundo orden está el lugar en el que el testador debe estampar la firma en el testamento; la exigencia de firmar todas las páginas si consta de más de una; la fecha del testamento y la existencia de la certificación.

En resumen, con la Ley Uniforme se intenta instaurar una reclamada y notable simplificación de las formalidades testamentarias. No obstante, para aceptar el testamento internacional creemos que deberá revisarse una materia como la de las formalidades testamentarias. Más todavía en los países continentales, como el nuestro, en los que además rige con generosidad la admisión, en virtud de los puntos de conexión, de los testamentos otorgados en el extranjero. En cualquier caso, la admisión del testamento internacional por los diversos países exige un esfuerzo de aceptación considerable, que será tanto más fácil de realizar cuanto menores sean las diferencias entre este testamento y los tradicionales. Ahora bien, cuando el operador jurídico nacional se enfrente con el testamento internacional se verá en el dilema de aceptar como fórmula interna de testamento, con efectos paralelos a las restantes formas testamentarias, una forma en la cual la infracción de alguno o algunos de los requisitos exigidos no produce los mismos efectos que en sus formas tradicionales internas (166).

(165) PRADA GONZÁLEZ: "Las formalidades testamentarias y la nueva Ley Uniforme", VVAA, Tecnos, Madrid, 1976, ob. cit., pp. 509 y ss.

(166) ¿Cómo explicar, por poner sólo un ejemplo, que mientras la ausencia de fecha produzca la nulidad en un testamento, no la produzca en el testamento internacional? Ello, pensamos, llevará al legislador, dado el caso, a procurar una reforma del Derecho sucesorio en cuanto a los requisitos formales del testamento y sus posibles formas de otorgamiento.

EL ESCRUTINIO EN LA JUNTA DE ACCIONISTAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA. LAS LABORES DE VERIFICACIÓN Y CONTROL

MARIO SÁNCHEZ LINDE

Doctor en Derecho.

Abogado

SUMARIO: **I.** IDEAS PREVIAS. LA NECESARIA EXISTENCIA DE ESCRUTINIO EN LA JUNTA. DESCRIPCIÓN JURÍDICA. **II.** SUJETOS ENCARGADOS DEL ESCRUTINIO. **III.** MOMENTO DE LA REALIZACIÓN DEL ESCRUTINIO. **III.1.** El escrutinio de los votos emitidos a distancia. **IV.** REALIZACIÓN TÉCNICA DEL ESCRUTINIO. LAS LABORES DE CONTABILIZACIÓN Y CÓMPUTO DE LOS VOTOS. **IV.1.** Comprobación de los votos y cálculos operativos. Criterios aplicables. **IV.2.** Cómputo y contabilización técnica de los votos. **IV.3.** La intervención del secretario de la Junta en la realización técnica del escrutinio. **IV.4.** La realización del escrutinio en los supuestos de votación secreta. **V.** LA POSIBLE PARTICIPACIÓN DE ESCRUTADORES Y LA INTERVENCIÓN DEL NOTARIO PRESENTE EN LA JUNTA. **V.1.** El empleo de escrutadores. **V.2.** La intervención del notario. **VI.** NOTA BIBLIOGRÁFICA.

I. Ideas previas. La necesaria existencia de escrutinio en la Junta. Descripción jurídica

Dentro del proceso de adopción de acuerdos mayoritarios en la Junta de Accionistas de la sociedad anónima aparece como subsiguiente a la votación la necesaria labor de *escrutinio* por parte del órgano de control del colegio, como operativa y medio necesario para comprobar, calcular y conocer la verdadera o cierta existencia de voluntad social mayoritaria de los socios reunidos en Asamblea, lograda a través de la emisión de los votos.

Aunque la norma societaria española no se refiere expresamente a la figura del escrutinio, la necesidad de su existencia se deduce de diferentes preceptos legales que exigen la constancia en el acta de los “resultados de las votaciones” o de “*las mayorías* con que se hubiere adoptado el acuerdo”; “resultados” y “mayorías” a los cuales obviamente sólo se puede llegar a través de una labor escrutadora del órgano encargado, dentro del procedimiento colegial, de la labor de verificación y control, cual es en este caso el presidente o la Mesa de la Junta (1).

Igualmente, la necesidad del escrutinio también viene dada por los requisitos de formalidad típicos del proceso colegiado y de seguridad jurídica, de modo que siempre y en todo caso deberá practicarse esta labor escrutadora, aun cuando estuviese en apariencia prefijada la orientación de los votos de los accionistas o participantes en la votación, ya fuera clarificada esta tendencia en la fase de debate de la Junta, o incluso antes de la propia Asamblea mediante consultas previas entre los votantes. Evidentemente, por motivos formales y de seguridad –y, en general, por la necesaria existencia de un procedimiento prefijado que implica las normas del sistema colegial–, la Mesa o la Junta no pueden “dar por sentado” o suponer que la votación ha sido positiva en la existencia de mayoría, por muy aparente que esa positividad se haya deducido de la deliberación o en el transcurso de la Asamblea (2).

(1) Recuérdese que el artículo 97.1 RRM indica que “los acuerdos de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles se consignarán en acta, que se extenderá o transcribirá en el libro de actas correspondiente, con expresión de las siguientes circunstancias: [...] 7.ª) En el caso de Junta o Asamblea, la indicación del *resultado de las votaciones*, expresando las *mayorías* con que se hubiere adoptado cada uno de los acuerdos [...]”. Por su parte, el Código de Comercio establece en el artículo 26.1 la obligación de la llevanza de un libro de actas “para todas las sociedades mercantiles”, y en el que constará “... un resumen de los asuntos debatidos, las intervenciones de las que se haya solicitado constancia, los acuerdos adoptados y los *resultados de las votaciones*”.

(2) Las consultas previas entre los socios dentro de la Asamblea, aun destinadas a determinar la voluntad global del órgano (e incluso permitidas por el presidente de la Junta), no pueden considerarse escrutinio de votos ni tampoco subsumirlo. Lo dicho cabe incluso en los

Cierto es que hoy en día, en ciertas sociedades anónimas, el resultado de la votación puede conocerse antes del escrutinio por diversas circunstancias, como la existencia de sindicatos de voto o pactos parasociales (donde sus miembros ya han mostrado el sentido de su voto durante la Junta), la emisión de votos a distancia antes de la celebración de la Asamblea *ex* artículo 105 LSA, las consultas previas entre los accionistas (o grupos de accionistas) (3), la masiva asistencia de representantes a la Junta —con el voto de su mandante ya decidido en el apoderamiento—, o bien en las sociedades cerradas cuando los pocos asistentes han manifestado *expresamente* sus posiciones, durante la deliberación o en la fase de votación (4).

En términos generales, el grado de rigidez y formalismo en el escrutinio deberá ser decidido por los Estatutos Sociales, complementados con el Reglamento de la Junta en su caso; no obstante y como se viene diciendo, nunca podrán relajarse las labores de escrutinio absolutamente, pues ello supondría una violación de las normas colegiales, así como graves irregularidades procedimentales que darían como resultado, muy probablemente, motivos fundados o base suficiente para una futura impugnación del acuerdo social resultante. De esta forma, alguna actividad escrutadora y contabilizadora de los votos debe existir, y ello pese a que actualmente —sobre todo en las grandes sociedades—, lo normal es que a la Asamblea se acuda ya con el sentido del voto *decidido* en la persona del mismo socio, o *transmitido* a su representante como mandatario dentro de la Junta (5).

Así pues, la labor del escrutinio deberá existir y materializarse en toda *Junta que vaya a adoptar acuerdos*, aunque el resultado del mismo ya esté predefinido antes de la votación —o se haya hecho palpable durante el desarrollo asambleario—, incluso siendo éste público y conocido por todos. Sí podrá y deberá prescindirse del escrutinio, evidentemente, en los extra-

supuestos más claros, como la existencia de sindicatos de voto o pactos parasociales con su voto prefijado, ello no sólo por la no oficialidad ni vinculación de dichos pactos para la sociedad, sino también porque la voluntad del socio conformada con carácter previo a la celebración de la Junta nunca puede comprometer el posterior cambio de criterio del mismo (*vid.* por todos GARRIGUES: "Sindicatos de accionistas...", *op. cit.*, p. 96).

(3) Véase el Código Unificado de la CNMV ("Código Conthe"), que se refiere a la posibilidad de realizar votaciones consultivas en la Junta, sobre todo en lo referente a la política de retribución del Consejo de Administración (Recomendación II. 40).

(4) *Vid.* ALONSO LEDESMA: "El papel de la Junta General en el Gobierno corporativo...", *op. cit.*, p. 648.

(5) Véase de nuevo ALONSO LEDESMA, quien siguiendo las recomendaciones planteadas en su día por el Informe Hampel, aboga porque se haga público en la Junta el "resultado del recuento de votos por apoderamiento, de manera que se pueda conocer cuál ha sido el sentido de los mismos", aunque ello parece prescribirse más bien como actividad posterior y anexa a la votación al final de la Asamblea (ALONSO LEDESMA: *ibidem*, p. 652).

ños casos de las Juntas celebradas a nivel informativo, válidamente constituidas, pero no deliberantes (6).

En general, dentro del proceso de adopción de acuerdos en la Junta de Accionistas, el escrutinio ha sido una cuestión escasamente tratada por la doctrina –tanto nacional como extranjera–, ello seguramente debido a su carácter básicamente mecánico o contable. Así pues, en la mayor parte de las ocasiones, los autores se refieren al escrutinio como una parte aneja a la votación (concebida ésta como emisión conjunta y organizada de los votos de los socios), o incluso como proceso fundido en la misma (7). Sin duda que las dos cuestiones mencionadas están muy íntimamente ligadas –votación y escrutinio–, y que en algunos casos incluso pueden suceder de forma cuasiautomática o seguidas inmediatamente en el tiempo. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de las votaciones por aclamación, donde la votación y el escrutinio son prácticamente paralelos en la determinación de los votos a favor y en contra. Algo parecido sucede en la votación a mano alzada, donde la propia emisión del voto va inmediatamente seguida, aparte de un mero reconocimiento visual por parte de la Mesa de la Junta, del subsiguiente escrutinio o contabilización de los votos. Sin embargo, la dinámica de la votación y el escrutinio han de separarse a nivel operativo, pues la votación supone la emisión organizada del voto destinado a conformar la mayoría, y el escrutinio se configura como la comprobación de la existencia o no –conforme a tal emisión previa del voto– de la misma mayoría.

Efectivamente, el escrutinio, pese a no poseer, si se quiere, entidad jurídica propia o independiente, debería considerarse un concepto procedimental diferente a la votación, pues aunque en algunos casos suceden ambos eventos de un modo casi parejo, en otros supuestos también puede el escrutinio configurarse como una labor costosa y dilatada en el tiempo, como sucedería por ejemplo en una sociedad anónima de tamaño grande o mediano, en la comprobación de los votos dentro del escrutinio realizado mediante el sistema *escrito*. De esta forma, puede aquí decirse que la labor escrutadora se configura como otra fase o sección del procedimiento colegiado dentro de la Asamblea, consistente en el proceso destinado a calcular y comprobar la existencia o no de mayoría [mayoría absoluta del capital presente o representado en la Junta (8)] después de la

(6) Vid. MORRAL SOLDEVILLA, quien opina en buena lógica que “la constatación o verificación de los acuerdos implica el ejercicio previo del derecho de voto por los accionistas” (MORRAL SOLDEVILLA: “Presidencia de la Junta”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* [ARROYO-EMBED, coords.], Ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 1060).

(7) Así y entre otros parece BERGAMO: *op. cit.*, pp. 404 y 405.

(8) Pese a la indeterminación del artículo 93 LSA, que solamente expresa que “los accionistas, constituidos en Junta general debidamente convocada, decidirán por mayoría en los

emisión de los votos. Así pues, esta fase implica básicamente una labor contabilizadora y comprobadora de los votos emitidos, recontándolos e identificándolos indubitadamente como votos a favor, en contra, votos nulos, votos en blanco y abstenciones, pasando posteriormente a contabilizarlos en labor sumativa (9). Todo ello además con la finalidad última de comprobar, confrontar y contrastar los resultados obtenidos con la mayoría *necesaria* (legal o estatutaria) para que, subsiguientemente, el acuerdo social se considere adoptado.

II. Sujetos encargados del escrutinio

En general, el escrutinio se presenta como una labor propia de la Mesa y el presidente de la Junta, que surgirá en toda Asamblea en la que se vayan a tomar decisiones, y siendo aparentemente tal labor consustancial al proceso de adopción de acuerdos. Y ello es así desde el momento en que los acuerdos en la Junta de Accionistas de la sociedad anónima se toman, como se dice, por mayoría, con lo que aparecen ciertas funciones orgánico-corporativas destinadas a clarificar o contabilizar la mayoría por parte del órgano encargado del desarrollo procedimental, como lo sería la Mesa de la Junta. Así pues y pese a que ya se ha dicho que esta cuestión ha sido poco tratada doctrinalmente, sí existe acuerdo en considerar que la actividad escrutadora es propia o pertenece al presidente de la Junta (10), en virtud de su carácter de sujeto organizador del colegio y

asuntos propios de la competencia de la Junta”, la mayor parte de la doctrina española opina que tal precepto se refiere a la mayoría absoluta, o “mitad más uno” del capital social presente o representado en la Junta. Así pues y en general se sitúan en favor de la mayoría absoluta FERNÁNDEZ DE LA GANDARA: “Acuerdo social” [voz]..., *op. cit.*, p. 226; LOJENDIO OSBORNE, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.): *Derecho Mercantil*, 4.^a edición, Barcelona, 1998, p. 291; GARRIGUES: *Curso de Derecho Mercantil*..., *op. cit.*, p. 508; PALA BERDEJO: “El cómputo de la mayoría...”, *op. cit.*, *passim*; SÁNCHEZ CALERO: “Las Juntas generales en las sociedades anónimas”, en *Pretor*, número 102, Madrid, 1978, pp. 61 y 62, y el mismo autor en *Instituciones de Derecho Mercantil*, 16 edición, Madrid, 1992, p. 235; GARRIGUES-URÍA: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*..., *op. cit.*, pp. 557 y ss.; VICENT CHULIÁ: *Compendio crítico*..., *op. cit.*, pp. 593 y ss.; URÍA MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS: *op. cit.*, p. 26.

(9) Véase otra vez MORRAL SOLDEVILLA, quien de nuevo considera el recuento y escrutinio como actividades subsiguientes a la votación, que permitirán conocer su “desenlace” (MORRAL SOLDEVILLA: “Presidencia de la Junta”, en *Comentarios a la Ley*..., *op. cit.*, p. 1060).

(10) Así, GIRÓN (*Derecho de sociedades anónimas*..., *op. cit.*, pp. 299 y 305), refiriéndose al escrutinio como un proceso “que corresponde al presidente”; en el mismo sentido ÁVILA NAVARRO (*La Sociedad Anónima*, III, Barcelona, 1997, pp. 553 y ss.); igualmente MORRAL SOLDEVILLA: (“Presidencia de la Junta”, en *Comentarios a la Ley*..., *op. cit.*, *passim*). En la misma orientación se sitúa el criterio de la DGRN, entre otras, en resolución de 21 de septiembre de 1984.

de la votación previa, ello también por lógica jurídica y por tradición dentro del Derecho español (11).

En los mismos términos y a nivel operativo, la doctrina suele opinar igualmente que la labor de escrutinio no es personalísima del presidente de la Junta, y puede ser ejecutada, además, por el resto de miembros de la Mesa. Lógicamente, no parece que la escrutación de los votos sea una función exclusiva e indelegable del presidente, como por el contrario sí podría serlo la subsiguiente proclamación del resultado del escrutinio, aludiendo así el artículo 102 del RRM a la labor presidencial en referencia directa a la proclamación de los resultados. Así pues y en general, no parece que haya inconveniente en que otros miembros de la Mesa (ya sea el vicepresidente de la Junta, secretario, o vocales) colaboren o realicen fácticamente el escrutinio con el visto bueno o supervisión del presidente (12), y ello incluso ayudándose de escrutadores o auxiliares externos, como posteriormente se verá.

Esta potestad de participación y colaboración en el escrutinio de otros sujetos integrantes de la Mesa se magnifica en la figura del secretario de la Junta, como coadyuvante más cualificado en las labores escrutadoras al ser éste el sujeto encargado de redactar posteriormente el acta de la Junta, donde deben constar los resultados de la votación *ex lege*. De esta forma, el secretario (que es cargo necesario dentro de la Mesa aun en presencia de notario) también podrá –y deberá– ser parte activa en el escrutinio junto con el presidente u otros miembros de la Mesa.

Ahora bien y sin perjuicio de lo dicho, la labor de escrutinio –con vinculación societaria– no ha de salir del ámbito de la Mesa de la Junta, con lo que deben ser considerados inválidos y carentes de vinculación societaria los posibles escrutinios *paralelos* o *dobles* realizados por otros sujetos presentes en la Asamblea, como los administradores o los propios socios asistentes a la reunión. Y ello máxime por la circunstancia de que el escrutinio –*rectius*, los resultados derivados del mismo– realizado por la Mesa es el único que va a recogerse en el acta de la Junta *ex* artículos 97.1.7.^a RRM y 26.1 CCom. Supuesto de estudio aparte debería ser, en este sentido, el posible escrutinio realizado por el notario presente en la sesión, asunto que también se analizará posteriormente.

(11) Así opina SALELLES CLIMENT, en este caso para el escrutinio a realizar dentro del Consejo de Administración y en lo que respecta al presidente del órgano (*vid.* SALELLES CLIMENT: *El funcionamiento del consejo de administración...*, *op. cit.*, pp. 262 y ss.). Véanse también RDGRN de 11 de febrero de 1993 y 13 de febrero de 1998.

(12) Recuérdese que generalmente la doctrina acepta que la Mesa de la Junta esté compuesta no sólo por presidente y secretario, sino también por otros miembros designados en Estatutos, como vicepresidentes o vocales, o incluso “co-presidentes”. Así, ESTEBAN VELASCO: “El presidente de la Junta General de accionistas” [voz]..., *op. cit.*, p. 5022.

En un nivel general, es seguro que no tendrán validez *societaria* los escrutinios realizados por otros sujetos participantes o presentes en la Asamblea, dados normalmente a realizar sus propias estadísticas sobre lo acaecido en la reunión, como son los Inversores Institucionales, las Asociaciones de Accionistas o los Sindicatos de Voto (13). Obviamente, el único escrutinio auténtico y que devengue efectos societarios será el que realice la Mesa, dentro de la Junta y en el ejercicio de su cargo, comprobando y contabilizando los votos de los socios en relación a las propuestas incluidas en el orden del día. Así pues y en el caso de realizarse dichos escrutinios “extraoficiales”, los resultados de tales recuentos no pueden considerarse supuestos que fundamenten la existencia de acuerdo social, y todo ello aunque la celebración del escrutinio *paralelo* fuera permitida o consentida por el presidente de la Junta.

Lo recién señalado no significa que la existencia de escrutinios anejos o paralelos discordantes carezca de toda validez jurídica, pues podrían servir como documentación a aportar como prueba, por ejemplo y si así se acepta, para una hipotética impugnación del acuerdo social o calificación registral por falta de mayoría, o incluso en referencia a supuestos de exigencia de responsabilidad a los administradores o cargos sociales; todo ello al margen, de nuevo, de las consecuencias probatorias derivadas del posible escrutinio realizado por el notario o Fedatario Público presente en la Junta (14).

Técnicamente y en relación a esta cuestión, ante la diversidad de resultados provenientes de distintos escrutinios practicados en la Asamblea –y aun sabiendo que el único válido y vinculante es el realizado por la Mesa de la Junta–, ciertamente parece que entraríamos aquí en una cuestión sujeta a criterio de los Tribunales, valorando la prueba sobre los sucesos acaecidos o constatados en la reunión a través de los medios aceptables en Derecho (15). Cobra así importancia la cuestión de la grabación o filmación de las sesiones de la Junta, a efectos de futuras averiguaciones judiciales (16); técnicas éstas (filmación o grabación) que se configu-

(13) Vid. ASCARELLI: “Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti”, en *Riv. Dir. Comm.*, 1950-I.

(14) En este sentido, la doctrina alemana suele admitir que al lado del acta de la Junta levantada por el notario puedan adherirse –en documento privado– descripciones del devenir o sucesos acaecidos en la Asamblea, anexo por parte del propio fedatario público o por solicitud de otros asistentes, y donde también podrían recogerse, lógicamente, los resultados de la votación (vid. ZÖLLNER: *Kölner Kommentar zum AktienGesetz* [arts. 118-147], Colonia, Berlín, Bonn, Munich, 1973, [págo. 129]).

(15) Véase otra vez la RDGRN de 31 de marzo de 2003, quien parece legar la determinación de esas cuestiones de forma *exclusiva* al albur del criterio judicial.

(16) Para la existencia de diversidad de escrutinios dentro de una misma Junta de accionistas, véase la RDGRN de 31 de marzo de 2003, en la que se recoge un desacuerdo entre el

ran como medidas que puede normalmente implantar –y de hecho implanta en varias ocasiones– el Reglamento de la Junta en las sociedades anónimas cotizadas, planteando a veces algún problema la legitimidad o el acuerdo colectivo para su utilización (17).

III. Momento de la realización del escrutinio

El momento de realización del escrutinio, por lógica jurídica y exigencias procedimentales, deberá ser en todo caso después del acto de la votación, pues de otra forma no podría comprobarse la existencia o no de mayoría. Esta cuestión aparecerá de forma confusa en ocasiones por causa de los sistemas de votación recogidos en Estatutos donde la votación y el escrutinio van casi entrelazados (votación a mano alzada, votación por aclamación, etc.). Efectivamente en estos supuestos prácticamente el escrutinio se realiza de forma paralela a la votación, pero no sin embargo en sistemas como la votación escrita, donde el escrutinio puede ser practicado muy *a posteriori* (18).

recuento realizado por el presidente de la Junta y el practicado por un grupo de socios, pero ello por causa de la utilización de diferentes listas de asistentes. Ante este supuesto, el registrador sigue la orientación de las anteriores resoluciones registrales de 25 de julio de 1998, 29 de octubre de 1999 y 28 de abril de 2000, cuando en dichos pronunciamientos la DGRN –y ante situaciones de conflicto entre socios que se traducían en documentos contradictorios que no permitían comprobar si se había logrado mayoría– denegaba siempre la inscripción con el ánimo de evitar la “desnaturalización” del Registro Mercantil en cuanto a Registro Público, creado para dar publicidad a situaciones jurídicas *ciertas* y considerando las diferencias entre los socios como objeto de conocimiento de los Tribunales de Justicia.

(17) Véase en este sentido la interesante argumentación de ANDRINO, quien siguiendo la doctrina alemana afirma que “respecto a este particular de la utilización de grabadoras de sonido en las Juntas se plantean interesantes problemas, a los que la doctrina alemana ha prestado especial atención, llegando a soluciones divergentes, si bien compartiendo el criterio de tener por inadmisibles las grabaciones secretas, o las realizadas particularmente por los asistentes. Aparte de esto, la posición más restrictiva (BAUMBACH-HUECK) sostiene que sería preciso el consentimiento de la totalidad de los concurrentes; y la más permisiva considera suficiente la conformidad del presidente (ZOLLNER); y otras intermedias consideran necesaria la conformidad de la mayoría (VON FALKENHAUSEN), o bien el consentimiento del presidente, el aviso público de la realización de la grabación y además el particular asentimiento de cada uno de los intervinientes, que es la opinión de W. HAPF” (ANDRINO: “Especificación formal...”, *op. cit.*, p. 160).

(18) Nótese de nuevo que en sistemas como la votación por aclamación, prácticamente la determinación criterial de la existencia o no de mayoría se realiza al unísono con la emisión de los votos (si las voces a favor del acuerdo son mayores [y no más estruendosas] que las proferidas en contra). Igualmente en la votación a mano alzada, son breves instantes los que median entre el criterio a conformar sobre el número de votos y la emisión de las voluntades (alzamiento de manos) materializadas en los mismos. No sucederá lo propio en el voto por escrito, donde los votos, una vez redactados, depositados en las urnas y reunidos, necesitan de una labor contabilizadora y correctora más dilatada en el tiempo. Asimismo la votación *nomi-*

A nivel general, podemos deducir que el escrutinio debe realizarse en el período de tiempo que media entre la *votación* del acuerdo y antes de la *redacción del acta* (y antes también lógicamente de la proclamación del resultado), todo ello en el propio *acto de la Junta* y después de que se hayan emitido todos los votos. Efectivamente, el escrutinio ha de realizarse siempre antes de la redacción del acta, pues en el mismo ya debe constar el acuerdo de la Junta proclamado y aprobado, debiendo recogerse también en dicho documento –obligatoriamente y por ley– “la indicación del resultado de las votaciones, expresando las mayorías con que se hubiere adoptado cada uno de los acuerdos” (art. 97.1.7.ª RRM).

Lo recién expresado plantea cierta problemática en los supuestos en los que la aprobación dilatada del acta puede suceder hasta quince días después de la celebración de la Asamblea (aprobación realizada por el presidente y dos interventores, en defecto de acuerdo aprobatorio de la Junta), pues si bien en ciertos sistemas de emisión del voto el escrutinio es casi paralelo en el tiempo al acto de la votación (mano alzada, aclamación), de nuevo en otros sistemas (como el voto escrito mediante papeletas o sobres) puede concebirse la tentación de que en la tesitura de aprobar el acta de forma delegada *ex* artículo 113.1 LSA, los miembros de la Mesa decidieran posponer las tediosas labores de escrutinio para su realización fuera del acto de la Junta. En cualquier caso, aunque fuera viable que el acta no vaya a aprobarse en la misma reunión, las prácticas dilatorias en el escrutinio deben considerarse inválidas y reprobables, pues esta operativa no sólo parece ser contraria a los dictados del procedimiento colegiado, sino que también se sitúa frontalmente en contra del derecho de información básico del accionista *ex* artículo 48 LSA, entorpeciendo además y gravemente las posibles e hipotéticas impugnaciones de los acuerdos contrarios a la ley o a los Estatutos (19). Y es que en términos globales, la labor escrutadora debe operar conforme a unos razonables criterios de celeridad y operatividad, que permitan dar a conocer la existencia de mayoría en un margen de tiempo coherente y que posibiliten, a su vez, a los accionistas ejercer sus derechos sociales, como la impugnación o la separación de la sociedad en ciertos casos (20). Todo

nal puede ser igualmente lenta y costosa, si son numerosos los socios a los que ha de irse llamando en riguroso orden.

(19) Dentro del procedimiento asambleario general, la DGRN ha indicado en varias ocasiones que el presidente de la Junta no puede dar por concluida la sesión hasta que se hayan debatido y votado todos los puntos del orden del día. *Vid.*, entre otras, RDGRN de 21 de septiembre de 1984.

(20) En este sentido, véase la STS de 11 de marzo de 1996, aunque en referencia a una Sociedad Limitada (Sociedad Agraria de Transformación “La Seu D’Urgell”), remarcando tal pronunciamiento el objetivo fundamental de no retrasar el escrutinio hasta la siguiente Asamblea.

ello por no mencionar, de nuevo, que una excesiva dilación temporal del escrutinio podría dar lugar a la problemática del surgimiento de escrutinios adicionales o paralelos (21).

III.1. El escrutinio de los votos emitidos a distancia.

Merecen una especial atención en este punto, en cuanto a la práctica del escrutinio y el momento apropiado para realizarlo, los supuestos donde la votación se ha nutrido de votos emitidos a distancia o de manera "extraasamblearia". Lógicamente y en principio, para los votos emitidos a distancia deben seguirse los criterios anteriormente expresados, esto es, necesaria existencia de escrutinio y el momento de realización durante la Junta, todo ello antes de la redacción del acta.

En general y en lo que respecta a los votos emitidos a distancia o de forma extraasamblearia, evidentemente éstos también deben ser escrutados, lo que sucede es que fácilmente puede confundirse el hecho de la comprobación de la *existencia* de los mismos (a efectos de conformar la Lista de Asistentes y calcular el quórum y el término de referencia) con el escrutinio en sí, esto es, con la comprobación del *sentido* del voto (positivo, negativo, o voto en blanco) para constatar la existencia de mayoría. En este sentido, debe matizarse que la dinámica de los votos extraasamblearios exige la inspección de su propia existencia antes o durante la constitución de la Junta, a efectos de conformar la Lista de Asistentes y el quórum, pues el artículo 105.5 LSA establece textualmente que "los accionistas que emitan sus votos a distancia deberán ser tenidos en cuenta a efectos de constitución de la junta como presentes" (22). Igualmente nótese que la mayoría de los Estatutos –o Reglamentos de la Junta excediéndose posiblemente en sus funciones– aprobados hasta la fecha suelen exigir que el voto a distancia haya llegado a la sociedad veinticuatro horas antes de la hora prevista para la celebración de la Junta en primera convocatoria, con lo que el voto ha sido emitido y le consta a la sociedad con cierta antelación antes de la constitución del colegio (23).

(21) Aludiendo a los criterios de celeridad y transparencia en cuanto al conocimiento de los resultados de la votación, véase PATERNOTTRE (*op. cit.*, pp. 184 y ss.), aunque refiriéndose al caso concreto de la consignación de los mismos en el acta.

(22) Véase para esta cuestión ALCOVER GARAU, quien expresa que del espíritu de la ley parece deducirse que los socios han de emitir el voto a distancia *antes* del acto de la Junta. Afirma así el autor que "parece desprenderse del artículo 105.5 que los accionistas deben emitir sus votos antes de la celebración de la junta, ya que es en el momento inicial de su constitución cuando se les tiene por presentes si han emitido el voto" (ALCOVER GARAU: "Aproximación al régimen jurídico del voto electrónico...", *op. cit.*, p. 396).

(23) Así consta, por ejemplo, en el Reglamento de la Junta General de Accionistas de ENDESA, SA, cuando su artículo 20 bis a) exige que el voto emitido por el socio no presente

De esta forma y a nivel operativo, debemos distinguir, dentro de los votos emitidos a distancia, entre la inspección de su existencia (a efectos de controlar y conformar el quórum y el término de referencia de la votación) y la comprobación del *sentido* del voto, que es lo que supone técnicamente el escrutinio y que debe amoldarse a las normas generales ya vistas. Imagínese así, por ejemplo, que pueden existir votos extraasamblearios en donde los votantes expresan o remiten su voto “garantizando debidamente su identidad” según el sistema recogido en Estatutos (con lo que contarían como presentes *ex art.* 105.4 LSA), pero no emiten correctamente su voto o lo refieren a un acuerdo distinto al que se trata, con lo que dicho voto –pese a contar como presente– deviene nulo. Asistimos, lógicamente y por tanto, a cuestiones materialmente diferentes. Sí parece coherente, por otra parte, que cuando se constate la *existencia* del voto a distancia –y el titular al que pertenece–, también se proceda a comprobar el *sentido* de su voto por razones de economía de esfuerzos; puede suceder, incluso, que a veces esa comprobación sea obligada por la idiosincrasia o requisitos técnicos del propio sistema electrónico de comprobación del quórum (24).

De cualquier forma y como es lógico, han de seguirse en todo lo posible las normas generales para el escrutinio de los votos emitidos a distancia, y aunque el recuento efectivo se hubiera realizado virtualmente en el momento de la comprobación de la “existencia” de los votos extraasamblearios (incluso, a nivel operativo, redactándose al efecto un documento provisional), de nuevo la labor técnica escrutadora debería acometerse durante el acto de la Junta –otra vez y si se quiere de un modo meramente formal– a efectos de comprobar la mayoría *in situ* y cumplir los designios derivados de la colegialidad. Así, el escrutinio debe existir en la Asamblea, otra vez, aunque se hubieran comprobado los votos a distancia anteriormente *de facto* junto con el sentido de su voto, incluso cuando *todos* los accionistas hubieran votado a distancia o de forma extraasamblearia (25); lo dicho debe cumplirse, ello aparte de por las cuestiones

se reciba veinticuatro horas antes de la fecha y hora prevista para la celebración de la Asamblea en primera convocatoria; teniéndose, de lo contrario, dicho voto por no emitido.

(24) Destaca en esta orientación el artículo 23 g) del Reglamento de la Junta General de BANESTO, SA, el cual expresa en este sentido que “la Mesa, y en su caso, el Notario, deberán tener acceso directo a los sistemas de conexión que permitan la asistencia a la Junta, de modo que tengan conocimiento por sí, y de forma inmediata, de las comunicaciones que se realicen por los accionistas que asistan a distancia y de las manifestaciones que lleven a efecto”.

(25) En este sentido se sitúa otra vez ALCOVER GARAU, aunque admite el autor que en este caso hay “una junta de accionistas sin accionistas”. De esta forma, precisa el mismo autor que “ahora bien, lo que sí es posible es que todos los socios que voten lo hagan mediante correspondencia electrónica, de forma que ningún socio acudirá a la junta, apareciendo así una junta general de accionistas sin accionistas. En tal caso, y en virtud del artículo 105.5, los accio-

formales rigurosas del nombrado procedimiento colegial, por el simple hecho de que aún no se admite en nuestro Derecho la existencia de la *Junta Virtual* en la Junta de Accionistas de la sociedad anónima. Efectivamente, no está todavía legalmente sancionada la *Junta Virtual* en nuestro país [pese a las voces que la defienden y a que probablemente sea permitida en el futuro (26)], ni tampoco la adopción de acuerdos en la Junta por escrito y sin sesión, al contrario que en el caso de los acuerdos del Consejo de Administración (art. 140.2 LSA) (27). Así pues y de nuevo, la hipotética inexistencia de escrutinio en el momento preciso bajo esta sistemática supondría probablemente en el *estado actual de cosas* una violación del procedimiento colegial inherente a la Junta.

Al margen de lo anteriormente dicho y a nivel práctico, cierto es que normalmente en la realidad societaria sí serán los votos a distancia los primeros en escrutarse (28); sin embargo y aun habiendo sido éstos los primeros votos examinados y conociéndose su sentido, no por eso deben dejar de ser unidos a todos los demás en el momento preciso durante la Asamblea. Todo ello, además, sin perjuicio de que a nivel informativo se quiera hacer público el sentido de los votos ya conocidos antes de la votación en Junta, lo que tampoco parece recomendable porque tal circunstancia puede mediatizar el voto de los demás socios presentes, o influenciar para el obiviamiento o ignorancia de alguno de los requisitos o elementos del desarrollo colegial de la Junta (29).

nistas serán tenidos como presentes a efectos de la constitución de la junta, por lo que se elaborará sobre esta base la lista de asistentes regulada en el artículo 111 y, si hay *quórum*, se constituirá la misma para, sin deliberación, y en relación a cada uno de los puntos del orden del día, computarse los votos, aprobarse o no los asuntos y levantar acta –aunque no queda claro cómo se aprobará–, finalizando así la junta” (ALCOVER GARAU: “Aproximación al régimen jurídico del voto electrónico...”, *op. cit.*, p. 396).

(26) Vid. CHULIÁ, quien distingue entre la utilización del voto colectivo emitido por *internet* o *intranet*, que no necesitaría intervención del legislador, como por contra sí la necesitaría la *Junta virtual* (VICENT CHULIÁ: *Introducción al Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, p. 334). Defiende además el autor la introducción legal de la “*junta universal virtual*” (VICENT CHULIÁ: *ibídem*, p. 331). Vid. también IBÁÑEZ JIMÉNEZ (“El ejercicio telemático de los derechos del accionista...”, *op. cit.*, pp. 1033 y ss.), quien opina que la concepción del voto electrónico por parte del legislador pone al derecho societario español a un solo paso de la admisión de la *Ciberjunta*.

(27) Sí se permitía el voto por escrito y sin sesión para la Asamblea de socios en la malograda Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles (Ministerio de Justicia, mayo 2002), en sus artículos 91 y ss. En dicho caso, y como es lógico, el escrutinio dentro de la Junta pasaba a ser un mero proceso de redacción del acta, aunque el artículo 98 del mismo Código planteaba el plazo máximo de veinte días para levantar el acta “con el resultado de la votación” desde que se envió la comunicación a los socios, salvo que los Estatutos marcasen un plazo distinto.

(28) Efectivamente y si los Estatutos no expresan otra cosa, para guardar el principio de paridad de trato, los votos deberían escrutarse en orden a la cronología de su llegada, o toma de conciencia por parte de la sociedad.

(29) Véase en este sentido el INFORME HAMPEL británico (*Financial Reporting Council*, enero 1998), quien tempranamente reconocía que, pese a estar los resultados de la votación

IV. Realización técnica del escrutinio. Las labores de contabilización y cómputo de los votos

IV.1. Comprobación de los votos y cálculos operativos. Criterios aplicables.

En principio, el escrutinio se presenta como una labor meramente matemática o contabilizadora, pero también comprobadora e identificadora de los votos en tanto a su calificación como votos negativos, positivos, nulos, en blanco o abstenciones, todo ello conforme a las normas legales, estatutarias o reglamentarias aplicables al efecto. A nivel operativo, la ley no da indicaciones de cómo se debe realizar el escrutinio por parte de la Mesa. De nuevo y en general, se deberán seguir las indicaciones de los Estatutos y el Reglamento de la Junta, por ser ésta, obviamente, una cuestión interna o corporativo-societaria (30). Asimismo, el presidente y la Mesa de la Junta deberán actuar, por lógica, conforme a diferentes criterios a la hora de realizar el escrutinio en aras de determinar la existencia de

predeterminados antes de la Junta, en cualquier caso debía acometerse en ella el escrutinio formal y se dialogaba sobre si podría ser recomendable anunciar los mismos resultados al principio de la Asamblea. Se decía así que “hemos considerado la posibilidad de recomendar que las sociedades sometan todos los acuerdos a votación por correo, y anuncien los resultados del escrutinio al principio de la junta. De este modo se evitaría que la deliberación previa a la adopción de los acuerdos tuviera lugar sobre la falsa premisa de que esa deliberación en la junta, seguida de la votación de los presentes, tendría probabilidades de determinar el resultado. Pero hemos decidido que esta medida podría interpretarse como un intento de entorpecer las deliberaciones y que en este momento aún no se había alcanzado la madurez suficiente para un cambio radical de esta naturaleza” [INFORME HAMPEL (IV) (5.14)]. Véase igualmente SÁNCHEZ CALERO, quien recomienda en este caso que el escrutinio de los votos emitidos a distancia se haga durante la propia Junta, y antes de ofrecer el resultado del resto de los acuerdos del orden del día. Señala así el autor que “aun en el supuesto de que el voto a distancia se haya emitido con anterioridad a la celebración de la junta, el recuento del voto realizado por correspondencia ha de efectuarse en la propia junta antes de ofrecer el resultado de la votación de cada acuerdo con la finalidad de saber de forma precisa si han sido aprobados o no” (SÁNCHEZ CALERO: *La Junta General en las sociedades de capital...*, *op. cit.*, p. 312).

(30) En lo que respecta a la cuestión del escrutinio, los Reglamentos de Junta promulgados hasta la fecha en nuestro país sólo han tratado el asunto de modo incidental, lo que parece lamentable en cuanto a que para aclarar la operativa y mecánica de las labores escrutadoras, el Reglamento de la Junta podría ser un instrumento relevante en las sociedades cotizadas, siempre respetando los designios de los Estatutos. En este sentido, la propia fundamentación realizada por el *Regierungsentwurf* en la *KonTraG* alemana y que impone el deber de las sociedades anónimas germanas de dotarse de un Reglamento de la Junta (art. 129.1 *AktG*) propone como contenido típico y necesario de este reglamento, entre otros elementos, “el procedimiento de escrutinio de los votos” (*KonTraG*, art. 1.18). En el mismo sentido opina nuestra doctrina, como SÁNCHEZ CALERO (“Observaciones preliminares al proyecto de Ley...”, *op. cit.*, p. 33) y FERNÁNDEZ DEL POZO, quien habla del contenido del reglamento como regulador de “los mecanismos de escrutinio utilizables” (FERNÁNDEZ DEL POZO: “El Reglamento de la Junta General en la Ley de Transparencia...”, *op. cit.*, p. 107).

mayoría. El primero es realizar *todas* las labores de contabilización y conteo matemático necesarias, ello evidentemente para dictaminar si existe o no la mayoría absoluta del capital presente o representado en Junta. El segundo es realizar *técnicamente* el escrutinio siempre con vistas y teniendo en cuenta su posterior recogida en el acta, en cuanto a que en éste, como sabemos, ha de constar “el resultado de las votaciones” y además “expresando las mayorías con que se hubiere adoptado cada uno de los acuerdos” (todo ello conforme otra vez a los dictados del art. 97 RRM) (31). Por último e igualmente, habrá de acometerse el escrutinio con criterios de transparencia y celeridad, lo que suele suponer un amoldamiento necesario al sistema de votación utilizado en Junta, en la medida de lo posible.

Teniendo en cuenta las anteriores circunstancias, el objetivo y labor fundamental del escrutinio se sitúa lógicamente en cuantificar la *tasa o mayoría porcentual* y su amplitud, confrontándola entonces con el término de referencia a efectos de comprobar si aquélla alcanza la mitad más uno de éste, es decir, la mayoría absoluta. Ciertamente, de nuevo, que para realizar de forma correcta esta confrontación habrá que identificar primeramente los votos *válidos*, a *favor* y *emitidos*, desechando los votos nulos, en blanco y abstenciones, todo ello conforme a las normas ya vistas en el epígrafe relativo a la tasa porcentual (votos indubitados y claros, relativos a la propuesta de acuerdo debatido, no sometidos a condición, etc.). Una vez realizadas tales comprobaciones y como se dice, posteriormente deberá pasarse a la confrontación matemática de la cifra obtenida –correspondiente a la *tasa o mayoría porcentual*– con el *término o montante de referencia* a aplicar en cada caso, dictaminando así si la propuesta de acuerdo ha alcanzado o no la mitad más uno del capital presente con derecho de voto, esto es, de nuevo la mayoría absoluta –o reforzada según los Estatutos– (32).

Ciertamente, las labores descritas en el párrafo anterior van a implicar la realización de todos los cálculos y comprobaciones aritméticas ne-

(31) En parecidos términos, el artículo 2375 del *Codice Civile* italiano (titulado “Verbale delle deliberazioni dell’assemblea”) establece que el acta debe recoger, entre otros aspectos, “le modalità e il risultato delle votazioni”.

(32) *Vid.*, por todos, PALA BERDEJO, quien para realizar el cómputo de la mayoría requiere la comprobación y cálculo de dos parámetros, cuales son la “tasa o mayoría porcentual” (compuesta por los votos a favor o sumativos), y el “término de referencia”, cifra o base sobre la cual la tasa ha de alcanzar la “mitad más uno” o la mayoría reforzada que en su caso requiera la ley. Señala así el autor que “procede, a nuestro juicio, distinguir entre: 1) la tasa de la mayoría, y 2) la base o término de referencia del cálculo de la mayoría. La primera representa la relación o proporción entre la cifra de los elementos que reúnen las condiciones requeridas (en nuestro caso, el número de votos favorables) y el número total de ellos que constituye la base o conjunto de referencia” (PALA BERDEJO: “El cómputo de la mayoría...”, *op. cit.*, p. 42).

cesarios, dejando listo el conteo para que el presidente pueda practicar subsiguientemente la *Proclamación del resultado* y su posterior constancia en el acta. Así pues, en su labor de escrutinio, la Mesa necesitará una constante comparación matemática o aritmética con los documentos societarios precisos, sobre todo con la Lista de Asistentes, donde consta el número de acciones de cada socio y su capital poseído. Igualmente, el presidente también ha de tener en cuenta a los socios con acciones de valor nominal diferente (*series*), así como las limitaciones máximas de voto que pudieran existir *ex* artículo 105 LSA; todo ello en referencia, de nuevo, a la cantidad concreta de votos-capital emitidos y su alcance sumativo para la *mayoría* prescrita.

Efectivamente, muchas de estas cuestiones ya pueden haber sido previstas y verificadas *a priori*, esto es, en el momento de la votación o la redacción de la Lista de Asistentes; no obstante, el escrutinio puede y debe ser el último lugar de control y referencia en relación a la comprobación de la medida y extensión –y en su caso la limitación– del derecho de voto, y en general para comprobar la legitimidad o capacidad de los votantes que pretenden contribuir a la formación mayoritaria del acuerdo social. Todo lo dicho, de nuevo, guarda estrecha relación con el sistema de votación usado previamente en la votación que se sustancia, pues no es lo mismo una votación a mano alzada o por aclamación, donde la Mesa, prácticamente en el mismo acto, contabiliza e identifica los votos y su *validez* –y realiza así de manera fáctica el escrutinio–, que el voto por escrito con uso de sobre cerrado, donde el escrutinio propiamente dicho puede configurarse como un acto largo y complejo de recuento y comprobación, que en ocasiones puede conllevar horas de laborioso trabajo.

La labor del presidente y la Mesa, por tanto, se presenta dentro del escrutinio como una labor comprobadora y de cálculo, que *a priori* mide la extensión y participación del voto emitido del accionista en su conformación de la *tasa o mayoría porcentual*, contra el *término de referencia*. No obstante, conviene remarcar otra vez que la labor escrutadora no va a ser estrictamente *contable*, pues en ocasiones el presidente también ha de aplicar durante el escrutinio criterios de discrecionalidad valorativa, a la hora de identificar los votos *válidos*, a *favor* y emitidos, desechando las demás categorías a efectos de comprender la existencia o no de mayoría absoluta.

IV.2. Cómputo y contabilización técnica de los votos.

Ya se ha visto que la norma societaria no da pautas concretas para la realización del escrutinio, por lo que parece que las tareas de contabilización *técnicas* quedan al arbitrio del presidente o de la Mesa de la Junta;

consecuentemente dichos sujetos deben seguir las normas habituales y tradicionales de la Asamblea, sin violar la legalidad y atendiendo a principios de transparencia y corrección. Igualmente debe respetarse, como se ha mencionado varias veces, lo propuesto para el acto del escrutinio en los Estatutos o Reglamento de la Junta, documentos que en cuestiones de este tipo –donde el elemento procedimental y la regulación de actos internos son el objeto principal– deberían jugar un papel importante (33).

Así pues, la Mesa ha de proceder a realizar las labores técnicas relativas a la contabilización y cómputo de los votos acometiendo toda la operativa necesaria para dejar preparada la inminente proclamación del resultado por parte del presidente, así como su constancia en el acta; de esta forma, lo fundamental, de nuevo, es contabilizar y computar los votos para constatar que los votos emitidos a favor –y válidos– alcanzan la mitad más uno del término de referencia, esto es, la *mitad más uno del capital social presente con derecho de voto en el momento de haberse cerrado la Lista de Asistentes*. Para ello, y como es lógico, habrá que proceder a escrutar *todos* los votos.

Cierto es que, siendo los votos emitidos *válidos y a favor*, el elemento determinante para conformar la *mayoría porcentual*, podría ello hacer pensar que cuando se escrute hasta el momento de constatar que existen suficientes votos de ese cariz (a favor, válidos y emitidos) que alcancen la mitad más uno del término de referencia, podría ser viable dejar de recontar (pues ya se ha conseguido el acuerdo social) aunque hubieran o quedaran más votos por escrutar. Ello permitiría ahorrar el posible y largo proceso de identificación que en ocasiones puede suponer el escrutinio, así como el molesto tratamiento de los votos en blanco, nulos y abstenciones restantes (34). Sin embargo, la operativa correcta deberá ser identificar, computar y contabilizar *todos* los votos, todo ello en virtud de los criterios de transparencia y auténtico cumplimiento de los designios del artículo 97 RRM, el cual y como ya sabemos, obliga a que en el acta de la Asamblea se haga constar “el resultado de las votaciones”. Operación ésta (escrutinio completo) que es inexcusable, por otra parte, dentro de las sociedades cotizadas, obligadas a publicar en su página *web* la “in-

(33) En este sentido, ha de precisarse que los Reglamentos de la Junta aprobados hasta la fecha en nuestro país normalmente sólo se ocupan, para las labores de escrutinio, de proponer la existencia de escrutadores y su designación, así como ciertas normas sobre la utilización o tratamiento electrónico del mismo, su grabación o filmación (*vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO: “El Reglamento de la Junta General en la Ley de Transparencia...”, *op. cit.*, *passim*).

(34) En este sentido parece situarse el artículo 20 *in fine* del Reglamento de la Junta de ENDESA, SA, cuando tal documento expresa que “cualquiera que sea el sistema seguido para la determinación del voto, la constatación por la Mesa de la Junta de la existencia del número suficiente de votos favorables para alcanzar la mayoría necesaria en cada caso permitirá al Presidente declarar aprobada la correspondiente propuesta de acuerdo”.

formación sobre el desarrollo de las Juntas Generales celebradas, y en particular sobre la composición de la Junta General en el momento de su constitución, acuerdos adoptados con expresión del número de *votos emitidos y el sentido de los mismos* en cada una de las propuestas incluidas en el orden del día, dentro del período que señale la CNMV” (Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el informe anual de gobierno corporativo [Ap. Cuarto 1. G]).

Cierto es que para la cuestión de la realización técnica del escrutinio se presenta lógicamente la duda del necesario escrutinio o no de los votos en *blanco* y los votos *nulos* y también de las abstenciones. No obstante y otra vez en un cumplimiento *estricto y auténtico* del artículo 97 RRM, debemos abogar por un escrutinio o cuantificación concreta, global y completa (votos nulos, en blanco y abstenciones), máxime cuando la inclusión en el resultado de todas las posiciones permitirá cuadrar las cifras de manera más transparente (35).

Lo recién dicho se magnifica sobre todo en los acuerdos que hayan de ser inscritos en el Registro Mercantil, con vistas a evitar calificaciones registrales negativas en la posterior inscripción, en su caso. En este sentido recuérdese que, para efectuar la inscripción registral de los acuerdos, deben éstos ser acreditados con todas las circunstancias necesarias para calificar su regularidad y validez, como se deduce de los artículos 112.2 y 113 RRM; si bien también ha de matizarse que la ausencia del resultado de la votación en el acta nunca podría suponer la invalidez o inexistencia del acuerdo en sí, ello al margen del citado problema de la inscripción o los relativos a la fuerza ejecutiva o la validez del propio acta (36).

Ciertamente, creemos que en la completez de la labor contabilizadora se debe exigir cierto rigor, pues nótese otra vez que el artículo 97 RRM expresa que en el acta de la Junta debe recogerse la indicación de “el resultado de las votaciones”, lo que parece implicar la plasmación del resultado *concreto, matemático y completo*, y no simplemente alguna mención literal como que “el acuerdo ha sido aprobado”, “válidamente adop-

(35) En este sentido quizá TRIMARCHI, quien expresa que es la abstención un voto auténticamente emitido a efectos de resultados (TRIMARCHI: *Invalidità delle deliberazioni...*, *op. cit.*, p. 92). Vid. también STS de 30 de noviembre de 1993 (R. 9217). En contra quizá FERRARA, quien, en referencia a la constancia de estas especificaciones en el acta, opina que es suficiente recoger en dicho documento la reseña de los votos que han contribuido a la formación del acuerdo, sólo en lo suficiente para alcanzar la mayoría prescrita por la ley, desechando así el resto de votos que no se alinearon, e incluso los sobrantes de la propia mayoría (FERRARA: “Il verbale di assemblea della società per azioni...”, *op. cit.*, pp. 44 a 54).

(36) En este sentido, y como indica la sentencia de la Sala 1.^a Civil de la Audiencia Territorial de Madrid (SAP de Madrid de 11 de mayo de 1959), “la falta de materialización de las operaciones aritméticas como resumen final no puede generar la invalidez de la asamblea de accionistas”.

tado”, o “adoptado por mayoría” (37). Así pues, habrá de expresarse en el acta, como tal “resultado” y en una interpretación teleológica, el número exacto y específico de votos a favor, votos en contra y abstenciones –y posiblemente los votos en blanco–, no conformándose aparentemente la ley con simples expresiones como que el acuerdo “obtuvo mayoría” o similares (38). De esta forma, el escrutinio deberá afrontar en buena lógica las labores escrutadoras en una perspectiva global (que revise todos los votos) y no parcial (sólo los necesarios para constatar que hay mayoría), todo ello en previsión de la posterior y necesaria constancia “del resultado” en el acta, como documento relator de todo lo acaecido y desarrollado en Junta; tarea que no parece ser, por otra parte, excesivamente lenta o compleja en las pequeñas sociedades anónimas (39).

Además y sin perjuicio de lo recién expresado, probablemente debe recontarse también de manera total todos los votos para otorgar la debida información societaria al accionista; en este sentido, recuérdese que el socio que pretendiese en un futuro e hipotéticamente impugnar el acuerdo –resultante del escrutinio– por irregularidades formales, conforme a jurisprudencia pacífica, debe manifestarlo en el momento procesal oportuno, con lo que parece necesario conocer el resultado exacto y todas sus vicisitudes para conformar su juicio valorativo y probatorio (40); y ello aunque sólo fuera para conocer –a efectos de la misma impugnación– cuán cerca ha quedado el acuerdo de ser rechazado por parte del accionariado. Lo mismo podría decirse a efectos de alegar una posible nulidad del acuerdo, necesitando conocerse asimismo cuál ha sido la cantidad con-

(37) Véase, sin embargo, PEINADO GARCÍA, quien señala la posibilidad de no recogerse en el acta algunas de las declaraciones del artículo 97 RRM, ya que, según el autor, sus menciones genéricas “no tienen contenido imperativo” (PEINADO GARCÍA: “Comentario a los artículos 19 a 33 de la Ley de Sociedades Anónimas”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, ARROYO-EMBED [coords.], Ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 336).

(38) En contra parece PATERNOTTRE, aunque no muy seguro. Señala así el autor que “por lo que a nuestro Derecho se refiere, no obliga [–el acta de la Junta–] a un relato minucioso de las votaciones y permite una narración, más que sintética, parcial de las mismas. Inspirándose probablemente en otros ordenamientos, el RRM se conforma con la expresión de los resultados, y no íntegros, pues basta con la indicación de las mayorías con que fueron adoptados los acuerdos (art. 97, núm. 1.7.^a), pudiendo omitirse los datos numéricos concernientes a minorías, abstenciones, votos en blanco y demás” (PATERNOTTRE: *op. cit.*, p. 201).

(39) Sí podría ser viable, creemos, redactar en el acta de la Junta que el acuerdo ha sido aprobado “por unanimidad”, dado que el resultado concreto de la votación podría ser en este caso fácilmente determinable, conforme al resto de los datos constantes en el acta y Lista de Asistentes.

(40) Ciertamente, es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que, si no se expresa durante la celebración de la Asamblea la irregularidad apreciada en el momento de su comisión, posteriormente no se puede alegar la misma como fundamento para impugnar el acuerdo o acuerdos procedentes del desarrollo de la sesión (*vid.* entre otras, STS de 14 de diciembre de 1993 y STS de 9 de mayo de 1986 [R. 2673]).

creta de votos nulos –esto es, calificados de tal forma por la Mesa–, a efectos de saber con exactitud si se ha superado o no (y con qué margen) la denominada “prueba de resistencia”, con respecto a la validez o nulidad general del acuerdo (41).

En el mismo sentido y por razones de claridad y seguridad, la labor escrutadora de *todos los votos emitidos* ha de ser igualmente completa *a sensu contrario*, esto es, deben escrutarse igualmente todos los votos también cuando se compruebe que los votos válidos y a favor *no* llegan a alcanzar la mitad más uno del término de referencia, esto es, que matemáticamente no alcanzan la mitad más uno del capital social presente en la Junta, posibilidad de obtener mayoría y el acuerdo debe ser desestimado. De esta forma, los “proyectos de acuerdo” o acuerdos “desestimados” también pueden irrogar consecuencias jurídicas, como puede suceder normalmente con respecto a los administradores y la posible exigencia de su responsabilidad (42).

En diferente orden de ideas, y acorde de nuevo con el contenido del artículo 97 RRM, probablemente las labores de escrutinio implicarán también realizar el cálculo en tanto por ciento de la *tasa* o *mayoría* porcentual obtenida, es decir, habrá que calcular matemáticamente el *porcentaje* que suponen los votos válidos y *favorables* con relación al término de referencia (capital social presente o representado en Junta con derecho de voto). Efectivamente, recuérdese que el artículo 97.1.7.^a RRM también

(41) Véase aquí SÁNCHEZ CALERO. Indica textualmente el autor que “el artículo 97.1.7.^a parece dar la impresión de que parte del hecho de que en el acta figurarán sólo los acuerdos aprobados, porque al referirse al «resultado de las votaciones», que deben figurar en acta se ocupa únicamente de que el acta debe expresar «las mayorías con que se hubiere adoptado cada uno de los acuerdos». Lo que ciertamente es necesario para conocer cuál ha sido la mayoría que ha aprobado un acuerdo, pues en el caso de que se impugne y se pida que se anulen un porcentaje de votos, será necesario –en el supuesto de que se anule– ver si tras esa anulación la votación favorable supera la llamada «prueba de resistencia». Esto es, que el número de votos anulados no han sido suficientes para poder llegar al mínimo de la mayoría necesaria para la aprobación del acuerdo, pues en tal caso la validez de éste no se verá afectada” (SÁNCHEZ CALERO: *La Junta General en las sociedades de capital...*, *op. cit.*, p. 326).

(42) En este sentido, de nuevo SÁNCHEZ CALERO, opinando que “al margen de lo anterior –y aun cuando sea irrelevante en muchos casos el hecho de la falta de aprobación de un acuerdo– es manifiesto que en otros supuestos no es así, y que en tales casos es preciso que conste en acta el acuerdo no aprobado y el resultado de las votaciones si las ha habido. Cabe pensar simplemente en el supuesto de censura de la gestión social (art. 95), denegando la aprobación de las cuentas, o planteando el acuerdo de separación de uno o varios administradores donde no se obtuvo la mayoría necesaria (arts. 131 y 1329) [*sic.*], o en el caso de que se plantee el acuerdo de ejercicio de la acción de responsabilidad y la votación sea negativa, con la posibilidad del ejercicio por la minoría de la acción (art. 134.3), etc. La constancia en acta de la existencia de propuestas de acuerdos que son rechazados o son retirados parece absolutamente necesaria, por el hecho en sí o por las consecuencias de otro tipo que puedan derivarse (v. gr., sobre la responsabilidad de los administradores)” (SÁNCHEZ CALERO: *La Junta General en las sociedades de capital...*, *op. cit.*, p. 326).

establece que en el acta de la Junta habrán de consignarse “las mayorías con que se hubiere adoptado cada uno de los acuerdos”, lo que parece implicar el cálculo porcentual de la *tasa o mayoría*, plasmado posteriormente en el acta junto con el resultado concreto y matemático de la votación. En general, la DGRN opina que el requisito de estipular en el acta “las mayorías con las que se hubiese adoptado” [–el acuerdo pertinente–] se refiere a la consignación en dicho documento del *tanto porcentual* que ha reflejado la votación, o dicho de otra forma, la tasa o mayoría conseguida planteada en tanto por ciento (63 por 100, 56 por 100, etc.), cifra que deberá ser lógicamente superior al 51 por 100 para alcanzar la mayoría absoluta derivada del artículo 93 LSA (43). La doctrina, sin embargo, parece menos exigente en cuanto a la operativa necesaria para dar cumplimiento a esa obligación emanada del Reglamento del Registro Mercantil, aceptando cualquier cuantificación (y no sólo a través de la determinación porcentual, sino personal o meramente cuantitativa de capital) del apoyo recibido por la propuesta de acuerdo aprobada, ello como cumplimiento del requisito de plantear en acta “las mayorías con las que se hubiese adoptado el acuerdo” (44).

En cualquier caso y de nuevo conforme al buen cumplimiento de la obligación emanada del artículo 97 RRM (así como en virtud de los derechos de información del socio y la transparencia social), ciertamente la Mesa parece instada a realizar también la operación aritmética descrita, esto es, calcular el *tanto por ciento* matemático final de los votos favorables conseguidos en relación al capital presente o representado, siendo otra vez rigurosos en la realización del escrutinio a efectos de determinar la mayoría *exacta* (45). Sin embargo, el no cumplimiento de este requisi-

(43) En este sentido parece orientarse la RDGRN de 16 de abril de 1998 (R. 3565), cuando considera la resolución que no es válida la aprobación de un acta de la Asamblea (por parte de un interventor de la mayoría y otro de la minoría), cuando faltaba la firma del presidente de la Junta, y también por no constar en la misma la fecha de la aprobación “ni la concreta mayoría que adoptó los acuerdos”. En el mismo sentido y entre otras, RDGRN de 21 de septiembre de 1984 (R. 4531).

(44) Así, PATERNOTTRE afirma que “la constancia de la mayoría puede tener lugar mencionando el número de votos que la componen (el mismo precepto [–en referencia al propio art. 97.1.7.ª RRM–] exige para la descripción de las votaciones en los órganos de administración que se dé cuenta del «número de miembros que ha votado a favor») o el porcentaje del capital que representan o de cualquier otra manera que permita conocerla, incluyendo el método más perfecto, ya expuesto, de relacionar a las personas que han contribuido a formarla” (PATERNOTTRE: *op. cit.*, pp. 201 y 202).

(45) Precisamente, el resultado de las mayorías obtenidas será uno de los pocos elementos “originales” que verdaderamente se sustancien en la Junta y se transmitan al acta, pues el resto del documento se suele llevar a la Asamblea ya redactado, en la práctica del Derecho europeo, casi en su totalidad (*vid.* ZÖLLNER: *Kölner Kommentar zum AktienGesetz* [arts. 118-147], Colonia, Berlín, Bonn, Munich, 1973 [pfgo. 130]).

to –y su posterior plasmación en el acta– tampoco debe invalidar, al igual que la ausencia del resultado de las votaciones en el acta, el subsiguiente y resultante acuerdo social (46).

En el mismo orden de actuación, y en torno a las labores comprobadoras y de cálculo descritas –y necesarias– a efectos de la posterior redacción del acta, se debe apuntar también una importante precisión básica referida al escrutinio; ésta es que en cualquier caso, y a todos los efectos, debe quedar claro que los resultados de la votación plasmados en el acta no pueden concebirse jurídicamente como el escrutinio en sí mismo, pese a que la recogida del acuerdo en dicho documento sea, probablemente, la principal función del acta [junto con el recogimiento de los requisitos de constitución de la Junta (47)]. Ciertamente y en cuanto a la inserción de los resultados en el *acta social*, no debe olvidarse que a un nivel genérico el contenido del acta se configura sólo como un conjunto de declaraciones de los participantes o percepciones de quienes lo redactan, esto es, declaraciones de verdad que no pueden llegar a entenderse en el resultado reflejado en él como el *escrutinio* mismo. Ello concuerda con la consideración meramente *narrativa* o “dispositiva” –y no *constitutiva*– del acta de la Junta de Accionistas que se tiene en Derecho societario español (48).

(46) Véase otra vez SÁNCHEZ CALERO, señalando que “la falta de la determinación de la mayoría que perfecciona el acuerdo es un defecto, que, como la falta de aprobación del acta cuando se redacta por el secretario de la junta, impide el acceso del acuerdo inscribible en el Registro Mercantil”. Basa de nuevo el autor su criterio, sin embargo, en la RDGRN de 16 de abril de 1998 (SÁNCHEZ CALERO: *La Junta General en las sociedades de capital...*, *op. cit.*, p. 320).

(47) En este sentido, y entre otros TRIMARCHI, quien opina que expresar el resultado de los acuerdos es, probablemente, la principal función del acta aunque no la única, como lo será también acreditar a nivel general la regularidad del desenvolvimiento de la reunión (TRIMARCHI: *Invalidità delle deliberazioni...*, *op. cit.*, pp. 100 y 101).

(48) En cuanto a tal dicotomía, parece aceptado unánimemente por la doctrina española que las actas de la Asamblea de Accionistas de la Sociedad Anónima pertenecen a la segunda clase o tipo, esto es, actas narrativas o testimoniales, donde los eventos recogidos en el documento son meros relatos, o a lo sumo constataciones del desarrollo de los eventos sucedidos en la Junta. Así y entre otros, PATERNOTTRE (*op. cit.*, pp. 67 y ss.) y ÁVILA NAVARRO (*La Sociedad Anónima...*, *op. cit.*, p. 572). Igualmente ANDRINO, quien textualmente establece que “asimismo ha de llamarse la atención sobre el hecho de que si cabe aceptar, con las aclaraciones señaladas, que el acta «documenta» las decisiones de la Junta, en forma alguna puede admitirse que el acta constituya la forma de las declaraciones de los socios ni de los acuerdos sociales. Esta cuestión está vinculada a la naturaleza jurídica del acta, que el legislador parece no haberse planteado y no cabe, por tanto, estimar que al hablar de «documentación» haya adoptado la postura de quienes defienden que el acta es la *forma* de la voluntad social en la medida que lo sería de las declaraciones formuladas por los socios y de las proclamaciones del Presidente, posición inaceptable puesto que, como ha señalado GRIPPO, el acta no concurre a la formación de la declaración por cuanto no constituye un elemento o *minus* necesario para que la declaración sea perfecta, sino que garantiza o preserva una declaración ya formada, y constituye, por tanto, un *plus* que está más allá de la declaración” (ANDRINO: “Especificación formal...”, *op. cit.*, p. 145).

Concepción típica, también y por otra parte, de los órganos que en Derecho privado deciden por mayoría (49).

Efectivamente y en lo que a nuestros efectos más interesa, tampoco el resultado de la votación ni las mayorías recogidas en el acta (pese a su importancia y la mediatización de las labores del escrutinio provocada por el mismo) puede presuponer o configurarse como el propio escrutinio *ad substantiam*, ni siquiera dentro de un órgano como la Asamblea de Accionistas, donde el nexo de unión entre actividad operativa y soporte documental es estrecho (50). En cualquier caso, y esta precisión también es relevante, el acta puede y debe constituir una prueba documental del resultado –de la votación– de los acuerdos sociales, pero la validez del mismo acta no puede condicionar la validez de la actividad escrutadora, ni del acuerdo mismo. Ello se traduce principalmente en el hecho de que el escrutinio no será inválido o carente de efectos si luego no se consigna el resultado en el acta, como ya se ha expresado varias veces, o se consigna erróneamente (51). Circunstancia lógica, por otra parte, dentro de la misma consideración de las actas narrativas, en cuanto a que sus defectos de transcripción son siempre, y por sistema, subsanables (52).

IV.3. La intervención del secretario de la Junta en la realización técnica del escrutinio.

En relación al papel del secretario de la Junta en cuanto a las labores técnicas de realización del escrutinio, hay que expresar que dicho sujeto, como miembro de la Mesa, colabora lógicamente en la realización del

(49) Ciertamente y en general, las actas “narrativas” concuerdan mejor con la actividad de los órganos que deciden por mayoría, como señala de nuevo PATERNOTTRE. Llega a insinuar incluso el autor que es la regla de la mayoría quien sirve de fundamento al uso de este tipo de actas, siendo por contra las actas “constitutivas” propias de órganos que operan a través de la unanimidad –exigiéndose así y, por tanto, la adhesión de todos los interesados en la firma del mismo– (PATERNOTTRE: *op. cit.*, p. 71).

(50) En este sentido destaca también la RDGRN de 5 de enero de 1993, señalando que el acta de la Junta no constituye la forma *ad substantiam* de las declaraciones de los socios ni de los acuerdos sociales, sino que preserva una declaración ya formada mediante una simple constatación de los hechos. *Vid.* igualmente RDGRN de 3 de mayo de 1993.

(51) Véase de nuevo la sentencia de la Sala 1.^a Civil de la Audiencia Territorial de Madrid de 11 de mayo de 1959, indicando que “de la imperfecta redacción del acta no deviene, como consecuencia inevitable, la nulidad del acto que aquélla refleja y mucho menos en el caso presente...” (SAP de Madrid de 11 de mayo de 1959).

(52) Que los defectos de transcripción del acta de la Junta son subsanables es una circunstancia que ha sido señalada varias veces por la jurisprudencia menor, ello lógicamente sin perjuicio de las acciones legales que en su caso puedan desprenderse como indemnización de daños (*vid.*, entre otras, SAP de Madrid de 27 de febrero de 1998).

escrutinio y además de una manera activa (53). Efectivamente, su labor dentro del escrutinio se configura como más importante o participativa que el resto de los componentes de la Mesa en un sentido técnico, dada la circunstancia de que a él mismo le corresponde la obligación de gestionar y custodiar la documentación societaria y de “asistir” al presidente en todo caso (art. 110.2 LSA) (54).

Cierto es, conviene recordarlo de nuevo, que no deben confundirse las labores de escrutinio (propia del presidente y la Mesa, y con ayuda incluso de escrutadores) y la posterior redacción del acta conteniendo los resultados y conclusiones de aquél, propia del redactor actuario social (secretario de la Junta o notario) (55). No obstante y al ser dos cuestiones hermanadas, parece lo más coherente que la realización del escrutinio provea directamente, en comunión con la labor del secretario, toda la información necesaria para que éste redacte el acta de manera ulterior; información que también será útil, por otra parte, en el subsiguiente acto de la proclamación del resultado presidencial (56). De esta forma y en puridad, si bien es cierto que la redacción del acta es una labor propia

(53) Como participante en las labores de escrutinio, también describe al secretario de la Junta, MADINA. Afirma así el autor que “además, como miembro de la mesa del colegio [...] le corresponde colaborar con el presidente (art. 110 LSA) en la admisión y comprobación del derecho de asistencia de los concurrentes, organización de la Asamblea y personal auxiliar, recepción de los documentos que se le presenten, lectura de las propuestas, *escrutinio de votos*, etcétera” [la cursiva es nuestra] (MADINA: *op. cit.*, p. 215).

(54) Véase, en este sentido y entre otros ANDRINO, quien expresa que el secretario “habrá de desempeñar las demás funciones, y especialmente las de asistencia al Presidente, reconocidas por la Ley: lectura de documentos que deba conocer la Junta, supervisión de la formación de la lista de asistentes, conservación de los justificantes de las representaciones y de las votaciones y cualquier otro que no deba incorporarse al acta notarial...” (ANDRINO: “Especificación formal...”, *op. cit.*, p. 153).

(55) Curiosamente, en las leyes societarias vigentes españolas no se especifica de manera explícita que la redacción del acta de la Junta de Accionistas corresponde al secretario de la Junta, al contrario que bajo el imperio de la LSA de 1951, donde tal circunstancia se planteaba expresamente en el artículo 24 de la Ley. Ciertamente y en la actualidad, la LSA de 1989 no recoge una norma similar a la de la anterior norma para la Junta General de Accionistas, aunque sí para la Junta constituyente en el artículo 28 LSA. Por su parte, el RRM indica en su artículo 99 (ap. 3.º) que “una vez que conste en el acta su aprobación será *firmada* por el Secretario del órgano o de la sesión con el Visto Bueno de quien hubiera actuado en ella como Presidente”. En cualquier caso, es unánime dentro del pensamiento de la doctrina española, pese a la ausencia de precepto legal expreso y habilitante (cfr. nota anterior), el entendimiento de la potestad y deber de redacción del acta de la Junta General por parte del secretario, en virtud de la actividad inherente a su cargo. *Vid.*, entre otros, MORRAL SOLDEVILLA: “Presidencia de la Junta”, en *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, p. 1061; y VIERA GONZÁLEZ: “Acta de la Junta (SA y SRL)” [voz], en *Diccionario de derecho de sociedades*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, pp. 107 y 108. En este mismo sentido, también y de nuevo, RDGRN de 21 de septiembre de 1984 (R. 4531).

(56) Sobre la redacción del acta por parte del secretario, *vid.* RDGRN de 30 de enero de 1985 (R. 390).

del secretario, no sería válido argumentar que la labor escrutadora de la Mesa se centre sólo en la actividad necesaria para comprobar que los votos a favor superen la mitad más uno del término o montante, siendo posteriormente el propio secretario quien *revise otra vez* los votos y el escrutinio, aísle y reproduzca de nuevo los resultados concretos, y además calcule el porcentaje de la mayoría para rellenar y redactar el acta *ex* artículo 97 RRM. Realmente no parece lógico ese doble esfuerzo, ni de recibo que la Mesa en su actuación societaria no otorgue unos datos razonablemente suficientes –normalmente además en soporte documental– para la posterior redacción del acta –y en su caso certificación de la misma– realizada por el secretario de la Junta (57).

Así pues, de la propia intervención del secretario de la Junta en la realización técnica del escrutinio –en auxilio del presidente y como parte misma de la Mesa de la Junta–, se deduce que ésta debería escuchar en todo momento a dicho sujeto, e incluso dejarse guiar por el mismo y sus instrucciones en las labores de contabilización y cálculo matemático, que posteriormente se van a reflejar en el acta (58).

IV.4. La realización del escrutinio en los supuestos de votación secreta.

En general, debe afirmarse que las labores de escrutinio –que van a dictaminar la existencia de mayoría o no– deberían ser públicas y no secretas u ocultas, en aras de la *transparencia* y *legalidad* que debe concurrir en todo el proceso de deliberación y adopción de acuerdos en la Asamblea. Así pues, tales criterios deberían informar la actividad de los sujetos encargados del escrutinio, cuales son el presidente y la Mesa de la Junta, irrogando publicidad a la labor escrutadora. En este sentido, la publicidad del escrutinio en ocasiones vendrá dada, de nuevo, por el propio sistema

(57) Los resultados concretos de la votación y las mayorías de adopción del acuerdo deben constar, además de en el acta, en las certificaciones que se expidan de las mismas, aunque ello no lo establezca expresamente el artículo 112.3 RRM (aparte de una breve mención al contenido del art. 97 en los casos de certificación por extracto). Véase así la RDGRN de 16 de abril de 1998, cuando argumenta textualmente el registrador que “la ya citada presunción de exactitud y validez del contenido de los asientos registrales, en cuanto se basa en la previa calificación que de la validez del acto a inscribir ha de realizar el Registrador, justifica sobradamente el que un dato tan esencial para apreciar en los acuerdos de las Juntas como es la concreta mayoría por la que se adoptaron se refleje en la certificación del acta correspondiente”. *Vid.* igualmente GRIPPO: “Forma e pubblicità nelle società di capitali”, en *Riv. dir. civ.*, 1966-II, p. 116.

(58) A las labores del secretario de la Junta y en auxilio del presidente, dentro del escrutinio, también se refiere expresamente GIRÓN TENA (*Derecho de sociedades anónimas...*, *op. cit.*, p. 300).

de votación, en donde la dinámica se realiza a la vista de todos –y de modo casi paralelo a la emisión de los votos–, como sucedería en la votación a mano alzada o en la aclamación.

No obstante, se presenta cierta problemática en los supuestos donde el sentido del voto de cada socio puede permanecer oculto dependiendo del modo de acometer la labor de escrutinio presidencial, como sucedería en la votación mediante sobre cerrado, los votos emitidos a distancia, e incluso la votación con el uso de papeletas cuando sean numerosas. De nuevo en estas ocasiones, el escrutinio –a falta de disposición estatutaria en contra– debería ser público, aun en el caso de que ciertos socios solicitasen que su voto permaneciese en secreto sin refrendo estatutario para su petición.

En este asunto parece que asistimos a la clásica cuestión de la inderogabilidad y vinculación de las normas insertas en los Estatutos, que también deben afectar al escrutinio en cuanto a actividad corporativa interna. Sin embargo, lo dicho no significa que, respetando la regulación estatutaria existente, la labor escrutadora no deba amoldarse en lo posible a la dinámica utilizada en el sistema de votación que previamente se ha usado, por lógica y coherencia operativa. De esta forma, deberá respetarse el *secreto* dentro del proceso de escrutinio si, conforme al sistema recogido en Estatutos, se hubiera acometido la votación previa en Junta a través de un sistema de votación también secreto. Lógicamente, no serviría de nada haber realizado tal operativa en la votación –con los notables costes de tiempo y procedimentales que normalmente arroja el sistema de voto secreto– si posteriormente va a ser difundida o permitida la observación de las labores escrutadoras, dándose así a conocer quién votó cada acuerdo y el sentido en el que lo hizo (59).

Recuérdese, de nuevo y ahora bien, que la emisión del voto y su sentido pueden ser secretos solamente a nivel externo y nunca a nivel interno, es decir, para la Mesa y el presidente de la Junta en el escrutinio, dado que aquellos sujetos deben controlar en todo caso la capacidad y legitimación del votante, así como su atribución de votos –en virtud del *intuitus pecuniae*– o valor de los mismos; igualmente, el voto secreto dificulta, como ya se dijo y ha señalado la doctrina varias veces, la identifi-

(59) A esta circunstancia se refiere BERGAMO, circunscribiendo su argumento a la votación escrita –y secreta– realizada mediante cupones unidos a la cédula de admisión. Opina así el autor que “... el método no está exento de inconvenientes, porque la inscripción en el documento del número de votos que corresponde a su titular permite descubrir la identidad de los grandes accionistas. Claro que el secreto sería guardado si los escrutadores se limitasen a proclamar el resultado de la votación, silenciando el número de votos de los diferentes boletos y procurando la destrucción total de los mismos después de terminado el escrutinio” (BERGAMO: *op. cit.*, p. 406).

cación de los socios que han votado en contra del acuerdo a efectos de futuras impugnaciones (60). En general, este problema se articula de forma peculiar en nuestro ordenamiento societario, donde, conforme a jurisprudencia pacífica, el elemento decisivo para que el accionista pueda impugnar los acuerdos no es la propia emisión del voto en contra, sino la constancia expresa en el acta de la oposición al acuerdo. Así pues, parece la solución más coherente que la Mesa respete el carácter secreto del escrutinio dentro de los sistemas de votación así configurados por los Estatutos, dejando a cada accionista la posibilidad de que decida violar su propio secreto manifestando su oposición en el acta, posteriormente y si así lo quiere, para poder impugnar el acuerdo resultante en el futuro.

Así pues y bajo este marco de actuación, los votos "secretos" deberían escrutarse con toda la pulcritud y discreción posibles, facilitándose al secretario con el necesario sigilo para que éste mismo y a su vez los consigne en el acta de manera aséptica y meramente material, pues si bien el acta de la Junta en las sociedades españolas no está normalmente al alcance de los socios durante el desarrollo de la sesión, por contra y como es bien sabido, cualquier accionista o asistente a la Junta puede más tarde obtener certificación de la misma (61). Labor inquisitiva que normalmente se acomete, además, cuando se pretende o se tiene *in mente* ejercitar la futura impugnación del acuerdo (62).

(60) En este sentido, véase por todos ALBORCH BATALLER, quien afirma que "por tanto, se debe llegar a la conclusión de que la votación no puede ser totalmente secreta, si por ello entendemos que nadie puede conocer el sentido en el que se ha pronunciado el accionista, puesto que de algún modo o signo debe desprenderse en qué forma ha emitido el voto cada accionista, en cuanto que del contenido de su voto dependerá, en ciertos casos, su legitimación para el ejercicio de determinados derechos. O sea, el voto puede ser secreto para los socios asistentes a la Junta, pero no para los miembros componentes de la Mesa de la misma, que serán las personas que en principio computarán la capacidad y la legitimación de los socios y constatarán la posición del socio respecto al acuerdo adoptado (tiene competencia para computar lista de asistentes, etc.), en aquellos supuestos en los cuales del contenido del voto dependa el ejercicio de determinados derechos, como hemos dicho" (ALBORCH BATALLER: *op. cit.*, p. 168). Vid. igualmente BOLÁS ALFONSO: *La junta general de accionistas*, Ed. CISS, Bilbao, 1999, pp. 63 y ss.

(61) Vid. DUQUE, quien atribuye un carácter cerrado o secreto al acta de la Junta —durante el desarrollo de la Asamblea—, pero no para la Lista de Asistentes (DUQUE: "La lista de asistentes...", *op. cit.*, *passim*, esp. 331 y ss.). En contra parece PATERNOTTRE (*op. cit.*, p. 73), quien considera que el acta se configura, *per se*, como un documento informativo y cuya misión es dar a conocer lo que sucede en la reunión.

(62) Sobre las posibilidades de los socios de conocer auténticamente los resultados de la votación, a través de la certificación del acta y con el ánimo de impugnar, *vid.* por todos ROJO, quien explica ilustrativamente en los siguientes términos: "Si el accionista no ha concurrido a la Junta general sólo contará con un conocimiento indirecto de los acuerdos, salvo que, por tratarse de acuerdos inscribibles, figuren inscritos en el Registro Mercantil. Si ha asistido a la junta y votado en contra impugnará con la incertidumbre de la prueba de su legitimación para impugnar. Cuando el acta no haya sido redactada en la propia Junta o ninguno de los interven-

Esta necesidad de sigilo en las votaciones secretas confronta con la posibilidad de redactar “listas *ad nominatim*” durante el escrutinio, a incluir en el acta para que los socios puedan consultar el sentido y la identidad de los accionistas que han emitido su voto en la Junta, confirmar su derecho de impugnación, así como facilitar en los acuerdos pertinentes (fusión, transformación, etc.) el posterior derecho de separación –o no sujeción– de los socios que no han votado a favor (63). Tales listas *ad nominatim* suelen darse y aparecer en las sociedades de mediano tamaño, y ello sobre todo conforme a la utilización, de nuevo, de algunos sistemas concretos de votación (64).

En el sentido antes referido, y si ciertamente la creación de listas nominativas (que especifican la identidad y el sentido del voto de los participantes en la votación) no deja de ser útil para facilitar las cuestiones antedichas (65), no es necesaria su existencia –y nunca en los supuestos de votación secreta– al no obligar a su preceptiva constancia en el acta de la Junta el artículo 97 RRM, ello al contrario que el “resultado” numérico de la votación y la “mayoría” concreta que constituye el mismo, cuestiones a las que *sí* se refiere dicho precepto (66).

tores nombrados para la posterior redacción y aprobación cuente con su confianza, impugnará en las mismas condiciones de inseguridad. Si conoce el acta, esté o no aprobada, pero carece de certificación, la falta de seguridad versará sobre posibles (y fáciles) rectificaciones por parte de (uno o varios de) los administradores, previa valoración de los riesgos que comporta tan ilícita conducta. En definitiva, sin autenticación que representa la certificación pueden existir inseguridades e incertidumbres, de mayor o menor intensidad, sobre la realidad del acuerdo, sobre su exacto contenido y sobre otras circunstancias fundadas para el buen éxito de la demanda de impugnación” (ROJO: “El derecho a obtener certificación de los acuerdos sociales”, en *La Ley*, 1984-2, p. 1141). Véase también ROMERO FERNÁNDEZ: *El derecho de información documental del accionista*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 365 y 366.

(63) De ello se percata MISEROCCHI, expresando que la reseña de los asistentes y su voto en el acta entraría en contradicción con el posible derecho al anonimato (MISEROCCHI: *La verbalizzazione...*, *op. cit.*, pp. 135 y ss.).

(64) Así lo señalan GARRIGUES-URÍA, sobre todo cuando el voto se ha emitido bajo el sistema de votación nominal (GARRIGUES-URÍA: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas...*, *op. cit.*, p. 696).

(65) Recomienda su utilización, por otra parte, PATERNOTTRE (*op. cit.*, pp. 200 y 202).

(66) Véase GIRÓN, quien afirma que “la redacción del artículo 62 ha eliminado del Anteproyecto la mención de extremos referentes a la discusión. No obstante, la petición de un socio a que se haga referencia a su intervención no debe ser rechazada. En cambio, conviene tener en cuenta que la mención *nominatim* de votantes –dejando a salvo el interés manifestado de un disidente, a los efectos de su legitimación para impugnar– no viene requerida por el Acta como documento privado, ya que no son partes en un negocio jurídico los votantes intervinientes, puesto que el acuerdo mismo es el acto jurídico que va incorporado al documento” (GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades anónimas...*, *op. cit.*, p. 307). Tampoco será necesaria la realización de listas nominativas para las votaciones del Consejo de administración, pues nótese que el artículo 97.1.7.^a RRM exige que en el acta del consejo se haga constar el “número” y no la identidad de los consejeros que han votado a favor del acuerdo (*vid.* de nuevo PATERNOTTRE: *op. cit.*, pp. 201 y 202). Por contra, más exigente TRIMARCHI, quien opina que en el acta debe

V. La posible participación de escrutadores y la intervención del notario presente en la Junta

V.1. El empleo de escrutadores.

Dentro de la realidad societaria española destaca en ocasiones la participación en el escrutinio de sujetos escrutadores o interventores ajenos a la Mesa, normalmente accionistas presentes en la Junta o personal especializado en los supuestos operativos que implican habilidades técnicas; práctica ésta incluso sancionada y requerida por varios Estatutos o Reglamentos de Junta (67).

En principio no es censurable la labor de apoyo operativo de ciertas personas en las labores escrutadoras, máxime cuando ya se ha visto que el escrutinio no debe calificarse *a priori* como una labor *personalísima* del presidente de la Asamblea. En este sentido, y como se ha apuntado, son numerosos los Estatutos o Reglamentos de la Junta que plantean la designación de escrutadores entre los socios presentes, configurándose dicha actuación, incluso, como un deber de colaboración del socio asistente (68).

En principio, los escrutadores –como agentes externos o sujetos ajenos a la Mesa– podrán ayudar en las labores mecánicas de escrutinio, esto es, recuento y contabilización de votos como actividades técnicas o meramente operativas (69). Su labor, por tanto, se sitúa en una posición coadyuvante o participativa, como auxiliares o consultores que contribuyan a agilizar o clarificar el recuento de votos –y por ende la existencia de mayoría– a la Mesa de la Junta. En este sentido, nótese que la propia LSA permite que a la Asamblea asista todo aquel no-socio a quien los Estatutos se lo permita (o sean autorizados por el propio presidente de la

constar quiénes fueron los intervinientes en la votación y cuántas acciones poseía cada uno, en el sentido de “que se pueda deducir quién votó a favor, quién votó en contra, o quién se abstuvo”, ya que “sólo así es posible saber si fue reunida la mayoría, simple o cualificada” (TRIMARCHI: *Invalidità delle deliberazioni...*, *op. cit.*, p. 101).

(67) Entre otros, recogen esta exigencia el Reglamento de la Junta de ENAGAS, SA (art. 12.2), el Reglamento de la Junta general de Accionistas de REPSOL YPF, SA (art. 12), o el Reglamento de ENDESA, SA (art. 16.3).

(68) Deber de colaboración que parece aceptar FERNÁNDEZ DEL POZO, al plantear como válida la exigencia de participación de escrutadores por parte del Reglamento y como una de las “reglas de constitución de la junta” insertas en el mismo (FERNÁNDEZ DEL POZO: “El Reglamento de la Junta General en la Ley de Transparencia...”, *op. cit.*, p. 105).

(69) A favor del uso de escrutadores también GIRÓN, expresando textualmente que “la orientación de las deliberaciones hacia la adopción de los acuerdos piden, igualmente, cuanto hace referencia a la constatación de éstos, tanto en su base documental –cuidando de su reseña en el Acta de la Junta– como en el cómputo de mayorías –pudiéndose ayudar, además del secretario, de recontadores–, hasta la declaración del acuerdo recaído” (GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades anónimas...*, *op. cit.*, p. 300).

Junta) (70), con lo que, de esta forma y a nivel jurídico, no parece que haya óbice material para que ciertos sujetos escrutadores sean requeridos para la Junta y puedan colaborar en el recuento de votos (71), máxime cuando su presencia es recomendable –o incluso necesaria– como especialistas técnicos en los casos de voto telemático o recuento electrónico (72).

En cuanto a la intervención *mecánica* o *recontadora* de los escrutadores y su puesta en práctica, evidentemente éstos han de operar en todo momento bajo los auspicios del presidente y la Mesa de la Junta, sin invadir los juicios valorativos propios de aquellos entes (por ejemplo, dictaminando si un voto es válido o no), y respetando la discreción y sigilo en los escrutinios de las votaciones secretas. Ahora bien, y de la misma forma, el presidente y la Mesa también habrán de respetar el ámbito de lo que constituya la labor *técnica* del escrutador, en los casos específicos y en los cuales aquéllos son expertos específicamente designados (voto telemático, conteo electrónico de papeletas, etc.); y por supuesto, la Mesa igualmente debe facilitar a los escrutadores su trabajo otorgándoles los medios necesarios y permitiéndoles el acceso a la documentación precisa para que realicen el conteo matemático (73).

(70) Vid. artículos 104.2, 104.3 y 105.3 LSA. Precisamente, y como expresa FERNÁNDEZ DEL POZO, la autorización de asistencia a la Junta por parte del presidente a sujetos extraños “debe desempeñar algún propósito práctico” (FERNÁNDEZ DEL POZO: “El Reglamento de la Junta General en la Ley de Transparencia...”, *op. cit.*, p. 85).

(71) Por contra, DUQUE no es partidario de la asistencia de sujetos ajenos a la sociedad autorizados mediante regulación estatutaria, ya que por el hecho de constar en los Estatutos su presencia –siendo así también, por tanto, preceptiva su recogida en la Lista de Asistentes–, si por algún motivo tales sujetos faltan o no se presentan a la reunión, en teoría, la celebración de la Junta no sería válida (DUQUE: “La lista de asistentes...”, *op. cit.*, p. 321). La cuestión parece menos problemática en los supuestos en los que es el presidente de la Junta quien autoriza la presencia de agentes externos, pues la propia Asamblea también puede revocar su autorización en este caso.

(72) Vid. en este sentido y de nuevo FERNÁNDEZ DEL POZO, quien opina que “es perfectamente posible que la sociedad contrate los servicios de empresas especializadas de servicios electrónicos a quien se encomienden las tareas específicas de facilitar el voto/delegación electrónicos y su ulterior recuento”. Añade igualmente el autor que “en nuestro derecho, es lógico esperar que desempeñen un papel importante las entidades depositarias de los valores que son las que normalmente distribuyen las tarjetas de asistencia y las que captan las delegaciones del voto” (FERNÁNDEZ DEL POZO: “El Reglamento de la Junta General en la Ley de Transparencia...”, *op. cit.*, p. 93).

(73) Documentación como la Lista de Asistentes, Estatutos, tarjetas de admisión, poderes de representación, etc. En este sentido, algunos autores son reacios a admitir la presencia u observación de la Asamblea de socios por parte de terceros ajenos a la sociedad, ya que éstos pueden llegar a conocer importante información relativa a la empresa. En este sentido opina RODRÍGUEZ ARTIGAS, señalando que la presencia de terceras personas durante el acto de la Junta puede suponer un obstáculo para el ejercicio del derecho de información, llegando así a constituir incluso un supuesto de impugnación de los acuerdos de la Junta (RODRÍGUEZ ARTIGAS: “Reflexiones en torno a la retransmisión por televisión...”, *op. cit.*, pp. 362, 363, 364 y 374).

Ahora bien, y en lo que a nuestros efectos parece más importante, de nuevo es la tutela presidencial y la vinculación a su labor escrutadora "principal" la idea preeminente, pues lo que debe intentar evitarse, de nuevo, es la existencia de escrutinios paralelos o independientes al margen del control de la Mesa (74). En este supuesto, y evidentemente, otra vez debe afirmarse que el único escrutinio con validez oficial será el realizado por la Mesa de la Junta (como acto de la sociedad interno-societario), y en todo caso el recuento que dilucide la mayoría realizado por los escrutadores debe ser vigilado y supervisado por el presidente de la Asamblea (75).

En general, la opción de utilizar escrutadores o recontadores en el escrutinio, como labor mecánica que ayude a clarificar la existencia o no de mayoría, no está mal vista por la doctrina (76), siendo además una práctica contemplada en algunos ordenamientos continentales (77). De esta forma, en la actualidad y dentro de las grandes sociedades, su utilización como expertos técnicos se hace incluso conveniente con la generalización y difusión de los medios de recuento electrónicos y del voto telemático; igualmente suele ser útil su participación en las sociedades medianas, como auxilio a la Mesa en la tediosa labor que en ocasiones supone el escrutinio de la votación escrita, y además porque los mismos escrutadores—cuando sean accionistas—suelen estar dispuestos y ocuparse posteriormente de la labor de *interventor* para la aprobación diferida del acta en su caso, debido a lo parecido de las dos labores y la dinámica de la Junta. Incluso algunos autores, quizá en virtud de la práctica societaria, han llegado a identificar semánticamente las dos funciones (78).

Por contra, la necesidad de recontadores o escrutadores en las socie-

(74) Nótese otra vez que la mayoría de los autores, como GIRÓN, hablan de "recontadores", en probable referencia a un sentido meramente mecánico de su labor (GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades anónimas...*, op. cit., p. 300).

(75) Por otra parte, si la labor de escrutinio operada por los escrutadores o recontadores es posteriormente refrendada por el visto bueno del presidente, o el mismo sujeto acomete directamente la proclamación del resultado proveniente del mismo, tampoco parece haber obstáculo en que la labor de los escrutadores sea válida, asistiendo en este caso a una convalidación *a posteriori*.

(76) Así, GIRÓN (*Derecho de Sociedades Anónimas...*, op. cit., p. 300); GARRIGUES (*Dictámenes de Derecho Mercantil*, Ed. Aguirre, t. III, Madrid, 1976, pp. 799 y ss.); y aparentemente BERGAMO (op. cit., pp. 405 y 406).

(77) Vid. HEMARD/TERRE/MABILAT: *Sociétés Commerciales*, tomo II, París, 1974, pp. 223 y ss. Igualmente parece aceptarse su existencia en Derecho alemán, por parte de ciertos autores, en ausencia de norma expresa en contra (GODIN-WILHELM: *Aktiengesetz Kommentar*, Berlín, 1950, pp. 498 y ss.).

(78) Así, URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS (op. cit., p. 225). Identificación semántica entre los términos de *interventor* y *escrutador* que también parece compartir MARTÍN RETORTILLO ("El acta de la Junta de accionistas...", op. cit., p. 1130).

dades pequeñas o cerradas se hace poco necesaria, ya que en las mismas el número de votos a escrutar suele ser escaso, y además los propios socios suelen participar directamente y coadyuvar en la operativa de los procesos corporativos, auxiliando así a la actuación presidencial y del secretario (79).

V.2. La intervención del notario.

Es ineludible, dentro de este epígrafe, proceder a analizar la posible intervención del notario en lo que respecta a la comprobación y cálculo de la mayoría resultante del recuento de los votos (esto es, el escrutinio), cuando dicho fedatario público esté presente en la Junta de Accionistas. En general, y como es sabido, no en todas las Asambleas de las sociedades anónimas españolas debe haber un notario, previendo la LSA que el fedatario público debe participar en la reunión siempre que los administradores de la sociedad así lo dispongan (art. 114.1 LSA), o lo soliciten accionistas que sean poseedores, al menos, del 1 por 100 del capital social (80).

En un entendimiento general, la labor del notario dentro de la Junta de Accionistas de la sociedad anónima debe limitarse, simplemente, a recoger los hechos y sucesos acaecidos de modo relatado –a un nivel de percepción y observación histórica– en el acta, absteniéndose de realizar valoraciones jurídicas específicas o concretas sobre los mismos (81). De esta forma, y en principio, en lo referente a las labores de escrutinio en la Asamblea, éstas seguirán siendo un asunto competencia de la Mesa, ante

(79) Efectivamente, la presencia de escrutadores no parece ser necesaria en las sociedades cerradas o de pequeño tamaño, donde los propios accionistas colaboran con la Mesa en las labores de procedimiento, como son el escrutinio y el posterior reflejo de los resultados de la votación en el acta. Véase en este sentido DUQUE, quien se refiere frecuentemente a la intervención de este tipo (realizada por los propios socios en el desarrollo de los fenómenos corporativo-societarios) en el ámbito de las pequeñas sociedades (DUQUE: “La lista de asistentes...”, *op. cit.*, pp. 38 y 39).

(80) En este último caso, la solicitud de los socios debe realizarse siempre con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la Junta (art. 114.1 LSA *ab initio*).

(81) Esa es, por otra parte, la función genérica del notario en la redacción de actas, recogida en el artículo 144 del *Reglamento Notarial* de 2 de junio de 1944 (párr. 4.º), el cual establece con carácter básico que “las actas notariales tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios o calificaciones”. Y concretamente para las actas notariales de presencia, dispone el mismo Reglamento (art. 199) que éstas “acreditan la realidad o verdad del hecho que motiva su autorización” (Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, recientemente modificado en profundidad por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado).

las cuales el fedatario público debe limitarse a constatar los hechos y acciones que ejecute el presidente y los miembros de la misma durante la escrutación de votos, sin más consideración, a menos que observe indicios de ilegalidad o fraude (82).

De esta forma, y dado que la labor del notario dentro de la Junta se entiende como una mera percepción o constatación de los hechos sucedidos, lógicamente la asistencia de fedatario público a la Junta, en su carácter narrativo o perceptivo (83), no debe afectar notablemente a la labor escrutadora del presidente y la Mesa (ayudados en su caso por recontadores), a menos que, de nuevo, se observen irregularidades. Ciertamente es también, por otra parte, que algunos autores contemplan un carácter peculiar para las actas de la Asamblea de Accionistas y su composición notarial, ya que debido a los numerosos supuestos y requisitos de conformación y funcionamiento del órgano colegiado, se ha dicho que el acta notarial de la Junta puede configurarse como un acta “de control y percepción” (84). Así pues, y para el caso concreto del escrutinio, la concepción del notario como simple “constatador” podría complicarse en cierta forma, dada la circunstancia de que ante la presencia de fedatario público en la Junta, es este mismo quien realiza y compone el acta de la Asamblea (y no el secretario), recordando otra vez la estrecha relación entre la redacción del acta y las labores de escrutinio, por la obligatoria –y legal– constancia expresa de sus resultados en el mismo (85).

(82) Así parece ser entendido por la generalidad de la doctrina. De esta forma, PATERNOTTRE expresa que la función del notario –aunque no referida expresamente al trámite del escrutinio– “es la puramente externa de un testigo que ha de comprobar los hechos para reseñarlos después con la mayor fidelidad posible” (PATERNOTTRE: *op. cit.*, p. 405). Igualmente, y en el mismo nivel, se sitúa DUQUE, aunque siempre en relación a la posible participación del notario en la redacción de la Lista de Asistentes (DUQUE: “La lista de asistentes...”, *op. cit.*, pp. 28 y 29).

(83) *Vid.* también PEINADO GARCÍA, quien opina que el fedatario público dentro de la Junta debe actuar como un mero “narrador de hechos” (PEINADO GARCÍA: “Comentario a los artículos 19 a 33 de la Ley de Sociedades Anónimas...”, *op. cit.*, p. 336).

(84) Así, PAU PEDRÓN: “Acta de la Junta” [voz], en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 159. Véase también, y a nivel genérico, RODRÍGUEZ ADRADOS, quien se refiere a lo siempre problemático de la redacción del acta notarial de los acuerdos sociales, al no existir regulación al respecto (RODRÍGUEZ ADRADOS: “Cuestiones de técnica notarial en materia de actas”, en *Rev. Der. Not.*, núm. 136, Madrid, 1987, pp. 116 y ss.).

(85) Recuértese aquí que, para la composición del acta de la Junta, los ordenamientos europeos suelen diferir en el sentido de que dicho documento lo realice un notario (esto es, redacción actuaria mediante un acto público), o bien configurar jurídicamente la misma redacción como acto privado. La LSA española se sitúa dentro de aquellas legislaciones que conciben la instrumentación del acta en documento privado, sin participación de fedatario público, salvo en este supuesto (art. 114.1 LSA) (*vid.* RUEDA MARTÍNEZ: “Comentario al artículo 113...”, *op. cit.*, p. 1085). Dentro del Derecho alemán, por contra, el autor del acta de la Asamblea siempre ha de ser un notario, conforme al contenido imperativo del artículo 130 *AktG*; el ordena-

De esta forma, no es descabellado abrir la disyuntiva sobre si el fedatario público (presente en Junta, redactor del acta y consignador en el mismo de los resultados de la votación) debe participar en la operativa del escrutinio, o por el contrario y conforme a la concepción meramente perceptiva de su función, simplemente debería consignar y supervisar el realizado por el presidente. Parece que la respuesta a esta cuestión debe orientarse hacia la segunda opción –realización no notarial del escrutinio–, de nuevo por el carácter básicamente constataador de la función notarial en nuestro ordenamiento, y por no concebirse igualmente al notario como parte de la Asamblea u órgano de la sociedad, entendimiento no admisible a día de hoy en el Derecho societario español (86).

Lo recién expresado implicaría entonces, en una interpretación lógica, el mantenimiento de la exclusión del notario en la práctica u operativa escrutadora de la sociedad, limitándose a hacer referencia y constancia en su acta –notarial– de los resultados derivados del escrutinio realizado por el presidente, secretario y la Mesa de la Junta en general (87). Es por tanto, y conviene reafirmarlo de nuevo, la mayoría resultante del escrutinio realizado por la Mesa (aun en presencia de notario) la única oficial o válida,

miento italiano, por su parte, prescribe que quienes redacten el acta de la Junta sean el presidente y el secretario de la misma, pero no cuando exista notario que suple *ex lege* la presencia de secretario (arts. 2371 *Codice Civile*), y además en todo caso en los supuestos de Asamblea Extraordinaria (art. 2375 *Codice Civile*).

(86) *Id.*, por todos, ANDRINO, quien considera al fedatario público dentro de la Asamblea simplemente “como una pieza naturalmente encajable en el esquema orgánico de la sociedad” (ANDRINO: “Especificación formal...”, *op. cit.*, p. 150), y critica a su vez el autor a la doctrina italiana que considera al notario como un “secretario cualificado” (LANZA: “Il notaio quale organo ausiliario dell’assemblea”, en *Riv. Soc.*, 1958, pp. 78 y 79). Señala así ANDRINO que “no creemos sea aceptable la posición defendida en Italia por algún autor y conforme a la cual vendría a ser [–El Notario–] simplemente un Secretario cualificado, por lo que el acta sería un acto notarial impropio «liberado de las formas específicas, taxativas y solemnes del acto notarial», y el Notario, despojado de su condición de autoridad sería «parte, pertenencia, miembro u órgano de la Asamblea»” (ANDRINO: *ibídem*).

(87) Recuérdesse otra vez que la existencia de notario en la Junta –y la consiguiente existencia de acta notarial– no significa en nuestro Derecho, como sucede en Italia, que la labor del notario supla la existencia de secretario en la Asamblea de Socios (art. 102.1.1.ª RRM). Los fundamentos de la negativa para que el notario sustituya *per se* al secretario de la Junta estriban, según la doctrina española, en el reducto existente de funciones del secretario que perdurarían aun en presencia de fedatario público (asistencia y auxilio al presidente, expedición de certificados de presencia, etc.) (ANDRINO: “Especificación formal...”, *op. cit.*, p. 153). El criterio jurisprudencial, por contra, basa más bien la negativa en razones de índole práctico, ya que podría darse el hecho de que asistiesen a la reunión distintos fedatarios convocados por varios grupos de accionistas, y si se admitiera “la sustituibilidad” del secretario sería necesario decidir cuál de los notarios presentes sustituiría efectivamente a dicho cargo (STS de 19 de abril de 1960 [R. 1682]). En el mismo tenor parece situarse la RDGRN de 27 de febrero de 1986 [R. 1018], cuando establece que, firmada toda la documentación de la Junta por el notario, dicha circunstancia hace entonces innecesaria las firmas del secretario y del presidente en los documentos procedentes.

en detrimento de la posible labor escrutadora del fedatario con despliegue de efectos societarios directos. Así pues, es ésta la solución, además en referencia concreta a las labores de escrutinio, que suele acoger la doctrina más autorizada (88).

Todo lo indicado hasta ahora no significa que el notario no tenga relación alguna con la realización del escrutinio, supervisando la legalidad del acto y avisando al presidente de los errores “de visu” que perciba, por ejemplo, del número de manos alzadas que observe, o del conteo inexacto de votos a favor o en contra en la votación nominal (89). Y ello porque el notario tampoco puede evadirse, por su propia presencia, del control y vigilancia de la legalidad de los sucesos para los que se ha nombrado su rogación, como es en este caso la Junta de Socios y el escrutinio que se desarrolla en la misma, que va a clarificar la existencia o no de mayoría (90). Así pues, ciertamente el notario siempre debe observar y estar presente en las labores escrutadoras, y ello máxime en los casos susceptibles

(88) En este sentido, textualmente ANDRINO: “Relacionada con la cuestión del contenido del acta está la referente a la participación del Notario en el escrutinio de los votos. En el esquema reglamentario parece estar excluida la participación del Notario en tan importante operación, ya que lo único que necesariamente debe reflejar el acta es «la declaración del Presidente sobre el resultado de las votaciones» (art. 102.1.4.º), sin que se haga mención siquiera del procedimiento de votación, y escrutinio (mano alzada, papeletas, sistema manual o informático, método de adición o de sustracción de respuestas afirmativas, negativas y abstenciones)” (ANDRINO: “Especificación formal...”, *op. cit.*, p. 173). También en este sentido parece PATERNOTTRE, quien expresa que en el acta de la Junta el notario debe consignar el resultado del recuento o escrutinio (o constancia del mismo) “*comprobado* por el propio fedatario” [la cursiva es nuestra] (PATERNOTTRE: *op. cit.*, p. 421). Añade además el mismo autor que, en este caso y bajo presencia notarial, “la reseña de las votaciones vuelve a ser un relato de segundo grado en el que se recogen las declaraciones que haga el presidente respecto al resultado de aquéllas...” (PATERNOTTRE: *ibídem*, p. 422).

(89) Véase por todos SÁNCHEZ CALERO, quien de forma ilustrativa afirma que “se ha dicho que el acta [–notarial–] ha de recoger la declaración del presidente de la junta sobre los resultados de las votaciones. Pero el acta podrá recoger además el procedimiento que se ha empleado para ellas, y aun cuando corresponde al presidente declarar el resultado de las votaciones –los votos a favor, en contra, las abstenciones, si se hace por el procedimiento de llamar a los socios y solicitar verbalmente su voto, supuesto aplicable en las sociedades cerradas o en las abiertas de pocos socios–, no corresponde al Notario la intervención en el recuento de los votos pero ha de admitirse que podrá, si es factible, vigilar el escrutinio de los votos por escrito o seguir la votación que se practique de otras formas” (SÁNCHEZ CALERO: *La Junta General en las sociedades de capital...*, *op. cit.*, p. 342).

(90) De nuevo en este sentido se sitúa ANDRINO: “Sin embargo, es difícil desconectar al Notario de toda responsabilidad respecto a la limpieza del procedimiento de votación y de la corrección de su escrutinio, y diga lo que quiera el RRM, la presencia del Notario ha de representar, en primer lugar y en todo caso, una garantía de fiabilidad en tales procedimientos. Por eso, y porque la presencia del notario nunca puede utilizarse para, con sutilezas jurídicas, aparentar inexistentes garantías de veracidad y limpieza, debe afirmarse la vocación institucional del Notario a cuanto conduzca a asegurar un procedimiento de votación y cómputo de votos, absolutamente irreprochable” (ANDRINO: “Especificación formal...”, *op. cit.*, pp. 173 y 174).

de mayor opacidad o poca transparencia; así sucedería en el ya examinado supuesto del escrutinio del voto a distancia, donde puede suceder incluso que sea el propio fedatario público el único que esté presente –junto con los miembros de la Mesa y los administradores–, si todos los socios han votado a distancia o de forma extraasamblearia (91).

Así pues, y dado que el notario no parece que pueda inmiscuirse en la identificación, calificación o valoración de los votos a favor, en contra, votos en blanco o abstenciones, derivados del escrutinio “oficial” (que sigue siendo patrimonio de la Mesa), en el caso de percibir indicios de fraude en las labores de escrutinio, aparentemente no le queda a dicho fedatario más salida que consignar tales circunstancias en su acta, esto es, los elementos discordantes o fraudulentos observados, enmarcándolos dentro del desarrollo de la Asamblea y en su repercusión matemática.

Sin perjuicio de la exclusión “notarial” en lo que respecta a la operativa del escrutinio, conforme de nuevo a la rogación y a la buena fe societaria, se le deben proporcionar al notario –o permitir su consulta– todos los datos que consten en la documentación social que también maneje la Mesa (Lista de Asistentes, Estatutos, tarjetas de asistencia) o sean accesibles dentro del mismo acto. Incluso en virtud de la *independencia* que siempre debe poseer el propio notario como fedatario público, no sería extraño concebir que, con base en tales documentos, el propio notario realizara su propio escrutinio “oficioso” y a efectos internos (92). Sin embargo tal circunstancia no es aconsejable, pues puede ser fuente de litigios la situación en donde el escrutinio “particular” del notario no coincida con los resultados del escrutinio o las mayorías calculadas por la Mesa de la Junta, sobre todo cuando de uno de los escrutinios resulta la mayoría suficiente para adoptar acuerdos y del otro no, como puede observarse en numerosas resoluciones de la DGRN en las que el notario decidió incluir dentro del acta su escrutinio “privado” o realizado por él mismo (93).

(91) Recalcan la importancia de la labor notarial en este supuesto MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES, señalando, en relación a la presencia de notario en los supuestos donde todos los socios votan a distancia que, en todo caso, su “personación ha de ser efectiva” (MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES: “El acta notarial de la Junta en Sociedades anónimas y limitadas”, en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, volumen II [BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y otros...], Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 980).

(92) En relación a la independencia notarial, véase otra vez SÁNCHEZ CALERO, quien en este sentido establece que “en su relación con el presidente el Notario no puede ser considerado como un colaborador o auxiliar del presidente de la Junta y mucho menos en una situación de dependencia respecto a él, sino que ha de mantener su independencia” (SÁNCHEZ CALERO: *La Junta General en las sociedades de capital...*, op. cit., p. 339).

(93) En este sentido, véase la RDGRN de 13 de febrero 1998, que deniega la inscripción del acuerdo social por discrepancias entre el resultado del escrutinio calculado por el presidente y otro practicado por un grupo de socios, recogido este último por el notario en su acta. En

Así pues y de nuevo, el notario no podrá colaborar ni intervenir en el escrutinio más allá de los márgenes descritos, siendo las mayorías por el mismo calculadas, en su caso, no oficiales (94), amén de que se hubiera dado en el proceso algún supuesto delictivo o fraudulento, que el fedatario público nunca puede consentir (95). Igualmente debe remarcarse aquí que las potestades del notario dentro del escrutinio –y dentro de la Asamblea en general– dependen notablemente de los términos de la rogación que la Junta le haya otorgado, así como de las posibilidades que le permitan los Estatutos de la sociedad (96).

Distinta parece la solución en Derecho alemán, donde la doctrina, prácticamente de manera unánime, opina que el escrutinio en Junta es labor del notario presente, siendo esa comprobación y cálculo de la mayoría la que despliega efectos societarios. A esta conclusión llega la doctrina germana como consecuencia, muy probablemente, de que en el ordenamiento alemán el acta de la Asamblea de accionistas siempre tiene carácter notarial (art. 130 *AktG*) (97).

igual sentido, las RDGRN de 25 de julio de 1998, 29 de octubre de 1999 y 28 de abril de 2000 rechazaban directamente la inscripción de acuerdos, por constar resultados diferentes en el acta notarial. No se pronuncia claramente en este sentido la jurisprudencia menor, observando así que la Audiencia Provincial de Cuenca deniega el argumento de la parte que sostiene que el acuerdo social es inválido ante la alegación de que el notario no ha realizado su propio escrutinio, quedando sólo como soporte documental el que practicó el presidente (SAP de Cuenca de 10 de junio de 2003, R. 158).

(94) Aunque tampoco ficticias, si constan en su acta. Así se deriva de la reticencia de los registradores a inscribir acuerdos donde el notario ha percibido y calculado mayorías diferentes a las dictaminadas por la Mesa de la Junta. Cfr. nota anterior.

(95) Normalmente, la doctrina suele aceptar que el notario puede interrumpir su actuación y ausentarse, dentro de la Junta de Accionistas, si aprecia comisión de delito. Así y entre otros, RUEDA MARTÍNEZ: “Notas sobre el acta notarial de la junta de accionistas”, en AAVV, *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, tomo II, Madrid, 2002, p. 1257. Más dudas podrían suscitarse en sede de Sociedades Limitadas, donde el artículo 55.1 de la LSRL expresa que “los administradores podrán requerir la presencia de Notario para que levante acta de la Junta General y estarán obligados a hacerlo siempre que, con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la Junta, lo soliciten socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social. En este último caso, *los acuerdos sólo serán eficaces si constan en acta notarial*” (vid. SÁNCHEZ RUS: “La sociedad de un solo socio”, en *RgD*, núm. 604, Madrid, 1994, pp. 12951 y ss.).

(96) Véase en este sentido, de nuevo, PATERNOTTRE, quien de forma precisa opina que “el fedatario es una persona ajena que, como todo invitado, no puede mezclarse en la actividad de la asamblea nada más que en la medida que se le pida y tiene el deber de respetar los actos de los verdaderos protagonistas, que son los componentes del colegio, limitándose a reseñarlos fielmente, sin que le corresponda ni especificarlos ni realizar ninguna otra manipulación en ellos” (PATERNOTTRE: *op. cit.*, p. 406).

(97) Así, y entre otros, HENN, quien opina que toda la operativa relacionada con la votación y su escrutinio se encuentran bajo la supervisión directa del notario (HENN: *Handbuch des Aktienrechts...*, *op. cit.*, p. 319). Vid. igualmente ZÖLLNER, quien expresa que el notario es quien debe realizar el escrutinio, practicado por él mismo o por medio de sus auxiliares (ZÖLLNER:

En cualquier caso, y en lo que sí es unánime la doctrina –tanto en Derecho español como alemán–, es que el notario presente también puede –y probablemente *debe*– realizar labores de asesoramiento y auxilio material dentro del escrutinio a realizar en la Asamblea (98). Efectivamente, no parece que haya óbice en que el notario presente en la Junta ayude o participe en las tediosas labores de apertura de sobres o conteo de papeletas, colabore en los cálculos matemáticos, o incluso que, como experto en Derecho, asesore a la sociedad sobre la legalidad de los actos, procedimiento y autenticación de identidades en los supuestos de más dificultad (99).

VI. Nota bibliográfica

- ALBORCH BATALLER: *El derecho de voto del accionista*, Ed. Tecnos, Madrid, 1977.
- ALCOVER GARAU: “Aproximación al régimen jurídico del voto electrónico”, en *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, tomo I, Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2005.
- ALONSO LEDESMA: “El papel de la Junta General en el Gobierno corporativo”, en AAVV, *El gobierno de las sociedades cotizadas* [ESTEBAN VELASCO, coord.], Ed. Garrigues-Andersen, Madrid, 1999.
- ANDRINO HERNÁNDEZ: “Especificación formal de los acuerdos en la sociedad anónima”, en AAMN, XXX, (II), 1991.
- ASCARELLI: “Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti”, en *Riv. Dir. Comm.*, 1950-I.
- ÁVILA NAVARRO: *La Sociedad Anónima*, III, Barcelona, 1997.
- BERGAMO: *Sociedades Anónimas (Las Acciones)*, volumen II, Madrid, 1970.
- BOLÁS ALFONSO: *La Junta general de Accionistas*, Ed. CISS, Bilbao, 1999.
- DUQUE: “La lista de asistentes en la Junta General de la sociedad anónima”, en *RdM*, Madrid, 1962.
- ESTEBAN VELASCO: “El presidente de la Junta General de Accionistas” [voz], en *Enciclopedia Jurídica Básica* [EjB], Ed. Civitas, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: “Acuerdo social” [voz], en *Enciclopedia Jurídica Básica* [EjB], Ed. Civitas, Madrid, 1995.

Kölner Kommentar zum AktienGesetz [arts. 118-147], Colonia, Berlín, Bonn, Munich, 1973, [págo. 130]).

(98) Véase SEMLER, quien propone que el notario puede acometer una labor directa de asesoramiento, siempre que así se derive de los términos de la rogación (SEMLER, en [HOFFMAN-BECKING, coord.], *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 4. Aktiengesellschaft*, Ed. CH Beck, Munich, 1988, pp. 441 y ss.).

(99) *Vid.*, en este sentido y otra vez, ANDRINO, quien opina que “asimismo, en casos de especial complejidad, el notario podrá imponer la presencia de personal cualificado para la recogida de las papeletas de votación y la realización del escrutinio” (ANDRINO: “Especificación formal...”, *op. cit.*, p. 161).

- FERNÁNDEZ DEL POZO: "El Reglamento de la Junta General en la Ley de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas (art. 113 LMV)", en RDBB, número 93, 2004.
- FERRARA: "Il verbale di assemblea della società per azioni", en *Riv. soc.*, 1957.
- GARRIGUES: "Sindicatos de accionistas", en *RdM*, Madrid, 1955.
- *Curso de Derecho Mercantil*, volumen I, 1.ª edición, Madrid, 1936.
- *Dictámenes de Derecho Mercantil*, Ed. Aguirre, tomo III, Madrid, 1976.
- GARRIGUES-URÍA: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas* [3.ª ed., revisada por MENÉNDEZ, A., y OLIVENCIA, M.], tomo I, Madrid, 1976.
- GIRÓN TENA: *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952.
- GODIN-WILHELM: *Aktiengesetz Kommentar*, Berlín, 1950.
- GRIPPO: "Forma e pubblicità nelle società di capitali", en *Riv. dir. civ.*, 1966-II.
- HENN: *Handbuch des Aktienrechts*, Heidelberg, 1987.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ: "El ejercicio telemático de los derechos del accionista en las sociedades cotizadas españolas", en *RdM*, número 249, Madrid, 2003.
- LANZA: "Il notaio quale organo ausiliario dell'assemblea", en *Riv. Soc.*, 1958.
- LOJENDIO OSBORNE: *Derecho Mercantil* [JIMÉNEZ SÁNCHEZ, coord.], 4.ª edición, Barcelona, 1998.
- MADINA: *La adopción de acuerdos en la sociedad anónima. Quórum de constitución y mayorías*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- MARTÍN RETORTILLO: "El acta de la Junta general de accionistas. Su aprobación y efectos", en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1954.
- MISEROCCHI: *La verbalizzazione nelle società per azioni*, Padua, 1969.
- MORRAL SOLDEVILLA: "Presidencia de la Junta", en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* [ARROYO-EMBED, coords.], Ed. Tecnos, Madrid, 2001.
- MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES: "El acta notarial de la Junta en Sociedades anónimas y limitadas", en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, volumen II [BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y otros...], Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.
- PALA BERDEJO: "El cómputo de la mayoría en la Junta general de Accionistas", en *RdM*, Madrid, 1965.
- PATERNOTTRE: *Las actas de las Juntas de accionistas*, Ed. Civitas, Madrid, 1994.
- PEINADO GARCÍA: "Comentario a los artículos 19 a 33 de la Ley de Sociedades Anónimas", en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, ARROYO-EMBED [coords.], Ed. Tecnos, Madrid, 2001.
- RODRÍGUEZ ADRADOS: "Cuestiones de técnica notarial en materia de actas", en *Rev. Der. Not.*, número 136, Madrid, 1987.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS: "Reflexiones en torno a la retransmisión por televisión de la Junta General de la Sociedad Anónima", en *RdM*, número 121, Madrid, 1971.
- ROMERO FERNÁNDEZ: *El derecho de información documental del accionista*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.
- RUEDA MARTÍNEZ: "Notas sobre el acta notarial de la Junta de accionistas", en AAVV, *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, tomo II, Madrid, 2002.
- "Comentario al artículo 113", en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, ARROYO-EMBED [coords.], Ed. Tecnos, Madrid, 2001.

- SALELLES CLIMENT: *El funcionamiento del Consejo de administración*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.
- SÁNCHEZ CALERO: "Las juntas generales en las sociedades anónimas", en *Pretor*, número 102, Madrid, 1978.
- *La Junta General en las sociedades de capital*, Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2007.
- "Observaciones preliminares al proyecto de Ley de modificación del Régimen de las sociedades cotizadas y de las anónimas en general, tras el informe Aldama", en *RdS* [núm. 20], 2003.
- SÁNCHEZ RUS: "La sociedad de un solo socio", en *RgD*, número 604, Madrid, 1994.
- SEMLER, en [HOFFMAN-BECKING, coord.], *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 4. Aktiengesellschaft*, Ed. C.H. Beck, Munich, 1988.
- TRIMARCHI: *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Ed. Giuffrè, Milán, 1958.
- URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS: "La Junta General de Accionistas", en URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA [dirs.], *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, tomo V, Ed. Civitas, Madrid, 1992.
- VICENT CHULIÁ: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1991.
- *Introducción al Derecho Mercantil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- VIERA GONZÁLEZ: "Acta de la Junta (SA y SRL)" [voz], en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Ed. Iustel, Madrid, 2006.
- ZÖLLNER: *Kölner Kommentar zum AktienGesetz* [arts. 118-147], Colonia, Berlín, Bonn, Munich, 1973.

**ALGUNAS PRECISIONES SOBRE
EL RÉGIMEN TRANSITORIO
DE LA LEY 33/2006, SOBRE IGUALDAD
EN LA SUCESIÓN DE LOS TÍTULOS
NOBILIARIOS, ASÍ COMO SOBRE
LA CESIÓN Y LA DISTRIBUCIÓN
DE LOS MISMOS**

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE

*Profesor Titular de Derecho Civil.
Universidad de Valencia*

SUMARIO: **I.** CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LA INTRODUCCIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE SEXOS EN LA SUCESIÓN DE TÍTULOS NOBILIARIOS. **II.** LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA DE LA LEY 33/2006. **III.** LA APLICACIÓN DE LA LEY 33/2006 A LOS JUICIOS CIVILES SOBRE DECLARACIÓN DE MEJOR DERECHO GENEALÓGICO. **IV.** ACTOS DE AUTONOMÍA PRIVADA TENDENTES A MODULAR LA APLICACIÓN DE LA LEY 33/2006. **1.** La cesión. **A)** *Requisitos.* **B)** *Efectos.* **2.** La distribución. **A)** *Requisitos.* **B)** *Límites.* **C)** *Efectos.*

I. Consideraciones preliminares: la introducción del principio de igualdad de sexos en la sucesión de títulos nobiliarios

La Ley 33/2006, de 30 de octubre, ha introducido un cambio radical en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, suprimiendo el secular principio de primacía del varón sobre la mujer, en caso de igualdad de línea y de grado.

Para ello aplica el principio de igualdad en el orden regular de sucesión, que tradicionalmente se ha basado en los principios de primogenitura, representación (en el orden de los descendientes y de los colaterales, exclusivamente), masculinidad y propincuidad, orden que rige en defecto de previsión expresa en la Carta de Otorgamiento de la Merced (que suele ser lo habitual).

El artículo 1 de la Ley, dice, así, que “El hombre y la mujer tienen igual derecho a suceder 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 llamamientos”.

El cambio es, pues, evidente, ya que, si, por ejemplo, quien ostentaba la posesión del título nobiliario muere con varios hijos, la línea preferente no es ya la encabezada por el varón, sino la del primogénito, sea varón o mujer, reconociéndose el derecho de representación en favor de sus descendientes, por lo que, si premuere dejando, a su vez, un hijo, éste será llamado con preferencia a sus tíos; y, si deja varios hijos, será llamado el de mayor edad, con independencia también de su sexo.

El artículo 2 de la Ley aplica el mismo principio de igualdad en el orden irregular de sucesión, es decir, en relación a aquellos títulos nobiliarios cuyas Cartas de Otorgamiento contuvieran disposiciones expresas en materia de llamamientos.

El precepto afirma, en su párrafo primero, 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 de grado en ausencia de preferencia de línea y de grado o sólo de grado en ausencia de preferencia de línea o que contradigan de cualquier modo el igual derecho a suceder del hombre y de la mujer”.

En su párrafo segundo establece la lógica consecuencia: “En estos supuestos, los jueces y tribunales integrarán el orden sucesorio propio del título aplicando el orden regular de suceder en las mercedes nobiliarias, en el cual, conforme a lo prevenido por el artículo anterior, no se prefiere a las personas por razón de su sexo”.

No voy aquí a entrar a valorar esta reforma, respecto de la cual hay opiniones contrapuestas, sobre todo, en los sectores afectados por ella.

En cualquier caso, me parece pertinente realizar dos precisiones:

a) La reforma no es una exigencia del derecho fundamental a la no discriminación, ya que, según la conocida sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, de 3 de julio, el principio de preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios no era contrario al principio de igualdad.

En dicha sentencia el Tribunal afirma lo siguiente: “Por simbolizar el título de nobleza una institución que sólo fue relevante social y jurídicamente en el pasado, el símbolo elegido se halla desprovisto hoy de cualquier contenido jurídico-material en nuestro ordenamiento, más allá del derecho a usar un «nomen honoris» que viene a identificar, junto al nombre, el linaje al que pertenece quien ostenta esta prerrogativa de honor. Lo que es relevante en relación al principio de igualdad del artículo 14 CE, puesto que si la adquisición de un título de nobleza sólo viene a constituir un hecho diferencial cuyo significado no es material sino sólo simbólico, este carácter excluye, en principio, la existencia de una posible discriminación al adquirirlo tanto por vía directa como por vía sucesoria, dado que las consecuencias jurídicas de su adquisición son las mismas en ambos casos”.

Con independencia de esta argumentación, me parece evidente que en la decisión del Tribunal tuvo que pesar el hecho de que en el propio texto constitucional se establece el principio de preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona, por lo que hubiera resultado “extraño” declarar contrario a la Constitución dicho principio en la sucesión en los títulos nobiliarios.

b) Dicho lo anterior, aunque la derogación del principio de masculinidad en la sucesión de los títulos nobiliarios no sea una exigencia del derecho fundamental a la no discriminación, es evidente que nada impide al legislador ordinario suprimirlo, como así lo ha hecho, a través de la Ley 33/2006.

Se trata de una pura cuestión de política legislativa, que en la Exposición de Motivos de la Ley se explica del siguiente modo: “El principio de plena igualdad entre hombres y mujeres debe proyectarse también sobre las funciones meramente representativas y simbólicas, cuando éstas son reconocidas y amparadas por las leyes. Los sucesivos poseedores de un título de nobleza perpetuo se limitan a mantener vivo el recuerdo de un momento de nuestro pasado histórico. Es justo que la presente Ley reconozca que las mujeres tienen el mismo derecho que los varones a realizar esta función de representar simbólicamente a aquél de sus antepasados que, por sus méritos excepcionales, mereció ser agraciado por el Rey”.

La introducción del principio de igualdad en el ámbito de los títulos nobiliarios ha suscitado litigios a los que ha contribuido la propia Ley a través de un régimen transitorio, que no puede dejar de definirse como “curioso”, redactándose, además, la disposición transitoria única, de una manera un tanto confusa, por lo que han surgido dudas acerca de su interpretación, las cuales han sido recientemente examinadas por dos importantes sentencias, que analizaré en este trabajo.

En la otra parte de este estudio plantearé la cuestión de si, a través de la autonomía privada, se pueden modular las consecuencias a las que ha dado lugar la aplicación de esta Ley, con el fin de solucionar aspiraciones, quizá, un tanto anticuadas, pero sin duda legítimas (siempre que se mantengan dentro de los estrictos cauces del Derecho) de quienes, de acuerdo con la tradición, quieren que un título nobiliario pase al hijo varón, para lo cual analizaré las figuras de la cesión y distribución de títulos nobiliarios.

II. La constitucionalidad de la disposición transitoria única de la Ley 33/2006

El régimen de aplicación transitorio de la Ley ha dado lugar a controversias, la primera de las cuales se refiere a la propia constitucionalidad del mismo.

La disposición transitoria única de la Ley, en su apartado 1, afirma que “Las transmisiones del título ya acaecidas no se reputarán inválidas por el hecho de haberse realizado al amparo de la legislación anterior”; se consagra, pues, el respeto a los derechos adquiridos conforme al Derecho anterior a la reforma, en el que regía el principio de preferencia del varón sobre la mujer, en igualdad de línea y de grado.

Sin embargo, esta regla se matiza por el apartado 3 de la disposición en los siguientes términos: “No obstante lo previsto por el apartado 1 de esta disposición transitoria, la presente Ley se aplicará a todos los expedientes relativos a Grandezas de España y títulos nobiliarios que el día 27 de julio de 2005 estuvieran pendientes de resolución administrativa o jurisdiccional, tanto en la instancia como en vía de recurso, así como a los expedientes que se hubieran promovido a partir de aquella fecha, en la cual se presentó la originaria proposición de ley en el Congreso de los Diputados. La autoridad administrativa o jurisdiccional ante quien penda el expediente o el proceso concederá de oficio trámite a las partes personadas a fin de que aleguen lo que a su derecho convenga de conformidad con la nueva Ley en el plazo común de cinco días”.

A su vez, esta excepción tiene una contraexcepción, contenida en el apartado 4 de la misma disposición, según el cual “Quedan exceptuados de lo previsto en el apartado anterior aquellos expedientes en los que hubiera recaído sentencia firme en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley”.

Así, pues, la Ley distingue claramente dos tipos de situaciones: de un lado, aquéllas en las que, no ya, al tiempo de su entrada en vigor, sino en el momento de la presentación de la originaria proposición en el Congreso de los Diputados (esto es lo que antes calificaba como “curioso”), existiera controversia administrativa o judicial acerca del mejor derecho a poseer el título; de otro lado, las situaciones no litigiosas, en las que el otorgamiento de la Carta de Sucesión no hubiera dado lugar a ninguna controversia; a las primeras se les aplica la nueva regulación de los títulos nobiliarios, a las segundas la antigua, en la que regía el principio de masculinidad.

Es digno de resaltar que en ambos casos se trata de una sucesión en título nobiliario que se ha producido bajo la vigencia del Derecho sustantivo anterior a la reforma, en el que el varón heredaba con preferencia a la mujer (estando en igualdad de línea y grado que ésta), siendo el hecho que determina la aplicación de una u otra regulación la existencia, o no, de litigio, al tiempo de la presentación de la originaria proposición de Ley en el Congreso.

a) Se ha planteado si tal diferencia de trato es conforme al principio de igualdad, cuestión que ha sido abordada por el auto del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 2008, así como por la sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2008.

El auto del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 2008 fue motivado por una cuestión de inconstitucionalidad, en la que el órgano judicial proponente afirmaba que la Ley 33/2006 trataba “de diferente forma casos iguales, pues protege a favor de unos la transmisión de título acaecida antes de la vigencia de la Ley conforme a la legislación de su tiempo [...] y, al mismo tiempo, niega el mantenimiento de títulos a aquellos que hubiesen sido objeto de pendencia administrativa o judicial [...] anterior a la entrada en vigor de la Ley que suprime la preferencia del varón en la sucesión de tales títulos (salvo sentencia firme recaída antes) [...] El desigual trato a titulares con un título nobiliario [...] puede considerarse carente de fundamento razonable, amparable por algún valor constitucional, compatible con el sacrificio individual derivado de la pérdida de un derecho, aunque meramente honorífico, y con la quiebra del principio de igualdad ante la ley o en la ley”.

El auto no admitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad por defectos formales en su proposición, por lo que el examen de la cuestión

de fondo, que no era necesario para fundamentar el fallo, fue parco. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional rechazó que el régimen transitorio fuera contrario al principio de igualdad, afirmando que los supuestos identificados por el auto de planteamiento, es decir, sucesiones producidas siempre conforme al Derecho anterior, pero pacíficas o litigiosas al tiempo de entrar en vigor la Ley, “no se refieren propiamente a un distinto tratamiento de personas o grupos de personas que se encuentren en situaciones equivalentes, pues el legislador ha fijado un punto temporal que diferencia los supuestos que contempla”; en consecuencia, niega que pueda haberse producido una vulneración del principio constitucional de igualdad.

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2008, por su parte, argumentó que la diferencia de trato entre las dos situaciones no puede considerarse arbitraria (lo que alegaba el recurrente en casación), porque (y aquí –creo yo– está el meollo de la cuestión) “de la exposición de motivos y del contenido de la Ley se infiere la voluntad del legislador de restablecer con la mayor amplitud posible el principio de igualdad entre el hombre y la mujer en materia de sucesión en los títulos nobiliarios respetando, para salvaguardar la seguridad jurídica, las situaciones que pueden estimarse consolidadas con sujeción a parámetros razonables”.

A mi parecer, a ello creo que habría que añadir que con el apartado 3 de la disposición transitoria única se pretendía también evitar que, ante la inminencia de la aprobación de una Ley que establecía el principio de igualdad de sexos, se agilizara la incoación de expedientes de sucesión o de rehabilitación de títulos nobiliarios antes de su entrada en vigor para evitar su aplicación. De ahí que la retroacción alcance a los expedientes que se hubieran promovido a partir de la fecha de la presentación de la originaria proposición de Ley en el Congreso de los Diputados.

b) Otro problema que ha surgido es el de determinar si el apartado 3 de la disposición transitoria única es conforme al principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución.

Tal duda ha sido suscitada por la cuestión de inconstitucionalidad, a la que ya me he referido. En ella se observa que la aplicación de la nueva Ley a un caso de sucesión de título nobiliario acaecida antes de su entrada en vigor supondría para el demandado la pérdida de un derecho individual (aunque meramente honorífico) a usar el título de vizconde de Torre Mayor, que le había sido reconocido conforme al Derecho anterior.

En este caso, si bien se había otorgado carta de sucesión en 1993 a favor del varón, lo cierto es que dicho otorgamiento había sido discutido por

la mujer a través de un juicio genealógico, que fue desestimado por la sentencia de primera instancia, contra la que se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, la cual tenía que resolver el juicio pendiente conforme a la nueva Ley, razón por la cual planteó la cuestión de inconstitucionalidad, que fue desestimada.

El auto del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 2008 recuerda la doctrina jurisprudencial de que “la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas”; y afirma que “La lectura de la disposición legal cuestionada a la luz de la doctrina antes recordada pone de relieve que las previsiones de Ley 33/2006 no inciden en rigor sobre relaciones consagradas, ni afecta a situaciones agotadas. La supeditación de la aplicación de la Ley a la pendencia de un procedimiento administrativo o de un proceso judicial en el que se controvierta el derecho a la titularidad nobiliaria, o a la Grandeza de España, permite afirmar que la previsión que nos ocupa responde al tipo de la irretroactividad impropia, que incide sobre una situación o relación jurídica aún no definitivamente establecida, de modo que no existe vulneración del principio de irretroactividad”.

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2008, que analiza la misma cuestión, va más lejos, pues sostiene la imposibilidad genérica de aplicar el principio de la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales al ámbito de los títulos nobiliarios, con dos argumentos.

El primero de ellos es el de que, por la propia naturaleza de los títulos nobiliarios, salvo en el caso de adquisición por usucapión, nunca puede hablarse de relaciones consagradas, ni de situaciones agotadas.

Dice, así, que: “la posesión de una merced nobiliaria no comporta un derecho incorporado al patrimonio hereditario de su titular, sino sólo el reconocimiento de su condición de óptimo poseedor para ostentar la merced en el orden sucesorio, objeto de una única apertura por el fallecimiento de su primer concesionario y de sucesivas delaciones y aceptaciones, que se desenvuelven sin perjuicio de la concurrencia de tercero de mejor derecho, a la que aparece condicionado el reconocimiento del título en cada caso particular, de tal suerte que el otorgamiento no constituye una relación jurídica que pueda estimarse como consagrada o agotada en tanto no transcurra el plazo de cuarenta años para la usucapión”.

El segundo de los argumentos es el apuntado, aunque no desarrollado en el caso concreto, por el auto del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 1998, de que la “regla de irretroactividad no supone la imposibilidad de dotar de efectos retroactivos a las Leyes que colisionen con derechos subjetivos de cualquier tipo, sino que se refiere a las limitacio-

nes introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona”.

El Tribunal Supremo constata que el derecho a usar el título nobiliario no se halla en ninguno de estos supuestos, al ser tan sólo una mención honorífica y tener carácter simbólico.

Afirma que “La regulación del derecho a la posesión de un título está sustraída también a las limitaciones impuestas al legislador para alterar el régimen de los derechos definitivamente incorporados al patrimonio de la persona, pues admitir lo contrario sería negar el expresado carácter simbólico y proclamar su naturaleza material. Si la intangibilidad de los derechos nobiliarios, como «nomen iuris» o mención honorífica, los convierte en «flatus vocis» [simple soplo de voz] insustancial e inaprensible para el principio de no discriminación, como es forzoso aceptar a la vista de la jurisprudencia constitucional, la misma levedad de las relaciones jurídicas afectadas conlleva la irrelevancia del mayor o menor alcance temporal de la modificación de su régimen que pueda efectuar el legislador”.

III. La aplicación de la Ley 33/2006 a los juicios civiles sobre declaración de mejor derecho genealógico

La otra gran cuestión interpretativa que planteaba la disposición transitoria única de la Ley 33/2006 era la de determinar si su apartado 3 se aplicaba, o no, a los juicios civiles sobre declaración de mejor derecho genealógico.

La norma habla en este apartado de “expedientes” pendientes de “resolución administrativa o jurisdiccional”, y más adelante se refiere a “La autoridad administrativa o jurisdiccional ante quien penda el expediente o el proceso”.

Surgió la duda de si con dichas expresiones el precepto se estaba refiriendo, exclusivamente, a los expedientes administrativos de adquisición de títulos nobiliarios (de sucesión, rehabilitación, cesión o distribución), así como a los procesos judiciales contencioso-administrativos en los que se impugnaran las resoluciones recaídas en dichos expedientes, o, si, por el contrario, había que entenderlo también referido a los juicios civiles sobre declaración de mejor derecho genealógico que estuvieren pendientes al tiempo de la presentación de la originaria proposición de Ley en el Congreso.

La incertidumbre creada por la existencia de fallos contradictorios fue resuelta por el Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo en la ya referida sentencia de 3 de abril de 2008, que aclara que el precepto se refiere a todos los procedimientos administrativos y judiciales referentes a títu-

los nobiliarios iniciados antes del 27 de julio de 2005 y que no hubieran concluido por sentencia firme en el momento de la entrada en vigor de la Ley.

En ella se rechaza, pues, la interpretación, según la cual el apartado 3 de la disposición transitoria única se refería, exclusivamente, a expedientes administrativos y a procesos contencioso-administrativos derivados de éstos, por considerar que “esta posición carecería de sentido lógico de acuerdo con la finalidad de la Ley, puesto que la Sala Tercera del Tribunal Supremo proclama reiteradamente que el Derecho material en la sucesión de títulos nobiliarios, en el cual se enmarca la opción por el principio de preferencia o de no discriminación por razón de sexo, es competencia de la jurisdicción civil”, pues “el ámbito de la jurisdicción Contencioso-Administrativa viene determinado por el ámbito o campo del Derecho Administrativo, no alcanzando, pues, a los supuestos regidos por el derecho material nobiliario que según Ley es de índole civil y respecto del cual sólo son competentes los Tribunales ordinarios civiles” y el control de la jurisdicción Contencioso-Administrativa “viene referido necesariamente a aquellos aspectos de la actividad administrativa sujeta al Derecho Administrativo, en supuestos de eventuales violaciones de las normas de procedimiento establecidas”.

La cuestión queda, así, zanjada; y, si bien el Tribunal Supremo reconoce “que la posibilidad de presentar una demanda civil con muchos años de posterioridad al reconocimiento del título mediante la Real Carta [...] abriría una situación de inseguridad para las situaciones consolidadas, en contra del aparente propósito del legislador e incluso del mandato constitucional de respetar el principio de seguridad jurídica”, lo cierto es que concluye que “Este argumento no puede impedir la aplicación de la disposición transitoria única, en su apartado tercero, a aquellos procesos abiertos antes de la fecha que en la misma se fija o de su entrada en vigor”.

Pero, a continuación, se expresa en unos términos que podríamos calificar de “inquietantes”.

Dice así: “Queda únicamente en pie la cuestión, que aquí no es necesario plantearse (puesto que la demanda se presentó con mucha antelación a las expresadas fechas), acerca de si una interpretación sistemática de la disposición transitoria única [...] comporta o no determinados límites a su aplicación retroactiva respecto de demandas civiles presentadas con posterioridad a su entrada en vigor”.

A mi parecer, la cuestión a la que se refiere el Tribunal es necesaria clarificarla lo antes posible, por evidentes razones de seguridad jurídica, para evitar que, con apoyo en el apartado 3 de la disposición transitoria única, puedan interponerse demandas para iniciar juicios civiles declarativos de mejor derecho genealógico por parte de quienes no los hubieran

iniciado con anterioridad al 27 de julio de 2005, invocando ahora el principio de igualdad de sexos en su favor.

Respecto de este tipo de situaciones creo que hay que aplicar el apartado 1 de la disposición transitoria única, que es la regla general en la materia, según la cual “Las transmisiones del título ya acaecidas no se reputarán inválidas por el hecho de haberse realizado al amparo de la legislación anterior”.

El apartado 3 es la excepción a tal regla general, como demuestra el hecho de que comience con la frase: “No obstante lo previsto en el apartado 1 de esta disposición”; y esta excepción habla de expedientes que el día 27 de julio de 2005 “estuvieran pendientes de resolución administrativa o jurisdiccional, tanto en la instancia como en vía de recurso”.

Por tanto, el apartado 3 se está refiriendo a procesos ya interpuestos en esa fecha, no a los que pudieran iniciarse posteriormente, de modo que la nueva Ley no debe aplicarse a sucesiones de títulos nobiliarios ya acaecidas, respecto de las cuales no hubiera existido controversia judicial antes del 27 de julio de 2005, o, si la hubiera habido, hubiese sido resuelta por sentencia firme al tiempo de su entrada en vigor (esto último de acuerdo con el apartado 4 de la disposición transitoria única).

Es cierto que ello puede parecer injusto, pero la tesis contraria conduciría a otorgar a la Ley 33/2006 un efecto de retroactividad indeterminado; llevaría a aplicarla a cualquier juicio declarativo de mejor derecho genealógico que se iniciara después de su entrada en vigor, y ello con independencia de cuál fuera la fecha en que hubiera tenido lugar la sucesión del título nobiliario, lo que evidentemente no ha sido lo querido por el legislador, porque, en caso contrario, carecería de sentido el apartado 1 de la disposición transitoria.

Hay que recordar que el auto del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 2008, al tratar de la constitucionalidad del régimen transitorio desde la perspectiva del principio de igualdad, afirma que el legislador ha “fijado un punto temporal que diferencia los supuestos que contempla”, es decir, sucesiones pacíficas o litigiosas al tiempo de la presentación en el Congreso de la originaria proposición de Ley, a efectos de determinar la aplicación de ésta.

IV. Actos de autonomía privada tendentes a modular la aplicación de la Ley 33/2006

En la última parte de este trabajo se trata de reflexionar sobre la posibilidad de modular la aplicación del nuevo principio de igualdad del hombre y de la mujer en la sucesión a los títulos nobiliarios, a través de

ciertos actos de autonomía privada, que, como veremos, tienen una eficacia muy limitada.

Hablo de actos de autonomía privada; y no de negocios jurídicos o contratos, para referirme a la cesión o distribución de títulos nobiliarios.

La razón de emplear esta terminología es que los títulos no pueden ser objeto de tráfico jurídico, por estar fuera del comercio de los hombres, en el sentido del artículo 1271, I del Código Civil.

a) En primer lugar, porque quien en un momento determinado ostenta un título nobiliario no es su propietario o titular, sino un mero poseedor, por lo que carece de poder de disposición sobre él y, en consecuencia, en principio, no puede modificar su orden de sucesión, ni mediante contrato, ni por testamento. Hay que tener en cuenta que quien sucede en el título lo recibe directamente, no por derecho hereditario, sino por derecho de sangre del primer titular, quien adquirió el derecho a usarlo en virtud de la originaria Real Carta de Otorgamiento, la cual estableció un orden prefijado de sucesión, siendo, en caso contrario, de aplicación el orden regular de sucesión, que es el tradicional en la Corona de Castilla.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1986 afirma, en este sentido, que “los poseedores de [los títulos] tienen derecho de uso y disfrute, pero carecen del «ius disponendi», tanto en las relaciones «inter-vivos» como en las «mortis causa», ya que difiriéndose esta especial sucesión, no por derecho hereditario, sino de sangre, el sucesor se considera que lo es del fundador y no del último tenedor. El título nobiliario, una vez creado, no tiene más fuente que la ley concesionaria, y no se transmite a los sucesores por los actos del padre o del ascendiente, ni aun en los casos de cesión o de renuncia, como tampoco ninguno de los llamados puede vincular con sus actos o con sus omisiones a los demás instituidos; o sea, que el derecho a la merced no se deriva de la anterior posesión de ella por el padre, por el ascendiente o por cualquier otro pariente, sino que se recibe del fundador por el hecho de pertenecer al linaje, con total y absoluta independencia de los actos de los demás llamados a la posesión de la gracia”.

b) En segundo lugar, me parece que el título nobiliario es una realidad próxima a los denominados bienes de la personalidad, en la medida en que sirve para identificar a la persona de manera complementaria a su nombre y apellidos, indicando su pertenencia a una familia, a uno de cuyos miembros, por méritos excepcionales, se le otorgó la merced. Es, así, de reseñar que el artículo 156 del Reglamento del Registro Civil prevé la inscripción del título nobiliario al margen de la inscripción de nacimiento.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1988 afirma que “aun cuando el derecho al uso y goce de una dignidad nobiliaria, por su íntima afección a la persona y a la trascendencia social de la misma, entre el ámbito del derecho de la personalidad, resulta obvio que no puede asemejarse a los que tradicionalmente se llaman «bienes esenciales» de la persona y, por consiguiente y de acuerdo con el artículo 6.2 del Código Civil, es admisible en derecho la renuncia a un título nobiliario”.

Sin embargo, como tendré ocasión de exponer a continuación, a propósito de la cesión, tal renuncia, que sólo lo es el del derecho a poseer el título, no puede perjudicar el mejor derecho a suceder que, en su caso, tengan los descendientes de quien la realiza, por lo que su alcance como acto de autonomía privada es bastante limitado.

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1995, a propósito de la exclusión de una descendiente de la línea del primogénito con derecho preferencial en la transmisión de un título, dice así: “los segundogénitos y sus descendientes no pueden acceder al título, por existir dicha descendiente legítima de la línea del primogénito, sin que tenga incidencia alguna la renuncia practicada por su abuelo y tíos-abuelos [...] ya que no le afecta [...] dado que los títulos nobiliarios no conceden un efectivo «ius disponendi» y no son objeto de comercio, y menos tal acto de renunciación la vincula y bloquea absolutamente sus legítimos derechos sucesorios [...] por regir obligatoriamente la Ley concesionaria del Título y lo que integra su propia y específica reglamentación en proyección a los sucesores en el mismo”.

Hecha esta precisión, me referiré a ciertos actos de autonomía privada, que, en cierta medida, podrían servir para la finalidad elusiva indicada.

1. La cesión.

Una posibilidad para intentar modular la aplicación de la Ley 33/2006 podría ser la cesión del título nobiliario, figura ésta contemplada en el artículo 12 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, sobre las Reglas para la concesión y rehabilitación de Grandezas y Títulos.

Dice el precepto que “La cesión del derecho a una o varias Dignidades nobiliarias no podrá perjudicar en el suyo a los demás llamados a suceder con preferencia al cesionario, a no ser que hubiesen prestado a dicho acto su aprobación expresa, que habrá de consignarse en acta notarial”.

De la simple lectura de la norma se desprenden rápidamente las limitaciones de la cesión para cumplir la finalidad antedicha, esto es, que el padre que posee el título nobiliario pudiera “transmitirlo” a un hijo varón segundogénito en perjuicio de su hija primogénita.

Expongamos, por su orden, los requisitos y efectos de la cesión.

A) Requisitos.

a) Existe, ante todo, un requisito subjetivo: la cesión sólo puede hacerse en favor de personas llamadas a suceder en el título nobiliario.

b) El otro requisito es de carácter material y formal: la cesión tiene que ser expresamente consentida en acta notarial por quienes tengan un mejor derecho a suceder que el del cesionario, ya que no pueden quedar perjudicados por aquélla.

La cesión es, pues, un acto de autonomía privada de carácter complejo, que requiere la voluntad del cedente y del cesionario, pero también la de los demás llamados a suceder con preferencia a éste, los cuales han de renunciar a ese derecho.

El dictamen del Consejo de Estado de 23 de febrero de 2006 describe el fenómeno en que consiste la cesión del siguiente modo: “Sin ser alterado el principio de vinculación se da así cierta relevancia a la voluntad del poseedor actual cuando está debidamente articulada con las voluntades de los sucesores inmediatos. El poseedor actual lo único que puede hacer es renunciar al título, pero si su decisión se articula debidamente con otras renunciaciones de los sucesivos eventualmente llamados preferentemente a suceder en el título, podría obtenerse el resultado propio de una cesión a favor de quien, en principio, y sin la voluntad de los que tengan derecho preferente, no tendría el mejor derecho a la sucesión”.

B) Efectos.

El cesionario, como consecuencia de una cadena de renunciaciones sucesivas, se convierte en el poseedor actual del título nobiliario, pero el gran inconveniente que plantea la figura de la cesión es que, como dice el artículo 12 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, la misma no puede perjudicar a “los demás llamados a suceder con preferencia al cesionario”.

La razón de ello, como explica el dictamen del Consejo de Estado de 23 de febrero de 2006, estriba “en el carácter vincular de la sucesión en los títulos nobiliarios y su falta de disponibilidad por su titular”.

Ciertamente, este inconveniente no existe respecto de los llamados con derecho preferente a suceder que vivieran al tiempo de la cesión: si éstos la han aceptado, bien por respeto a la tradición, bien por haber recibido alguna compensación económica a cambio de su renuncia, no se suscitan problemas; el acto sí les perjudicará, porque lo consintieron expresamente.

Sería, por ejemplo, el caso de una hija primogénita y segundogénita, que renunciaran en favor del tercer hijo varón, recibiendo como compensación la parte del tercio de libre disposición en la herencia de su padre.

El problema radica en que la cesión no puede perjudicar a sus descendientes, que pertenecen a una línea preferente a la del cesionario, porque la cesión no supone un cambio en el orden de suceder establecido en la Carta de Otorgamiento de la merced, ni la creación de una nueva cabeza de línea, de modo que, si quienes renunciaron a ella, después tuvieran hijos o nietos, éstos podrían alegar su mejor derecho a poseer el título nobiliario.

Así, resulta claramente, por ejemplo, de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1988, según la cual “quien ostenta un título no es un auténtico «dominus» del mismo y sí sólo su poseedor, razón por la cual, al carecer del «ius disponendi», sus facultades vienen limitadas a la transmisión de lo que en realidad le ha sido otorgado, esto es, la posesión del título [...] consiguientemente, en la cesión de un título, lo único que opera es la transmisión de la posesión del mismo que ostentaba el cedente, mas no supone una novación del mismo, ni del orden de suceder en la concesión originaria establecida”.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1988 recuerda la misma doctrina expuesta por la anterior, entendiendo, en el caso concreto enjuiciado, que “la cesión realizada [...] lo único que operó fue la transmisión de la posesión del título nobiliario [...] mas no supone una novación del mismo, ni del orden de suceder en la concesión originaria establecida, ni menos aún, como aquí se pretende, la creación de una nueva línea sucesorial, dado que la voluntad real en el caso de la cesión contemplada no fue crear una nueva línea con todas las formalidades y efectos que ello debe producir (verdadera distribución), o sea, los relativos a la mutación de la estirpe llamada a suceder, sino mantener la ya existente”.

Obsérvese que en este fallo se diferencian bien los efectos de la cesión y de la distribución a la que posteriormente me referiré, que básicamente consisten en que, mientras en el primer caso no se crea una nueva cabeza de línea, en el segundo sí, modificándose el orden de suceder.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1988 expone que “la sucesión de los títulos nobiliarios ha de acomodarse estrictamente a la normativa contenida en su concesión [...] es igualmente principio declarado que quien ostenta un título no es un auténtico «dominus» del mismo y sí sólo su poseedor, razón por la cual, al carecer del «ius disponendi», sus facultades vienen limitadas a la transmisión de lo que en realidad le ha sido otorgado, esto es, la posesión del título [...] consiguientemente, en la cesión de un título, lo único que opera es la transmisión de la posesión del mismo que ostentaba el cedente, mas no supone una novación del mismo, ni del orden de suceder en la concesión originaria establecida”.

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1992 afirma que “quien ostenta un Título nobiliario no es un auténtico «dominus» del mismo, sino un simple poseedor, razón por la cual, al carecer del «ius disponendi», sus facultades dispositivas vienen limitadas a la transmisión de lo que en realidad le ha sido otorgado, esto es la posesión del título, pero sin suponer ello una novación del mismo, ni del orden de suceder en la concesión originaria establecida, ni menos la creación de nueva línea sucesoria y como obligada consecuencia de ello, es preciso contar con la aprobación expresa, que había de consignarse en acta notarial, de los que pudieran verse perjudicados en su derecho por la cesión «inter vivos» entre transmitente y cesionario, por tener aquéllos llamados a suceder preferencia sobre este último”.

En el mismo sentido se pronuncia el dictamen del Consejo de Estado de 23 de febrero de 2006, según el cual “El poseedor de un título nobiliario carece de facultades dispositivas, y la cesión no implica en ningún caso una novación del orden de suceder establecido en la concesión originaria, ni es una excepción al régimen general vinculado. Es tan sólo un anticipo de su aplicación a favor del que, de acuerdo con el régimen vinculado, disfruta de mejor derecho, sin que, por lo demás, perjudique a los descendientes de quien otorgue la aplicación ni cree una nueva cabeza de línea”.

En definitiva, el cesionario y sus descendientes no podrán estar completamente seguros de no ser perturbados en la posesión del título nobiliario hasta que no haya transcurrido el plazo de usucapión para adquirirlo, que es de cuarenta años (sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo y de 3 de abril de 2008), comenzando el cómputo de dicho plazo el día del otorgamiento de la escritura de cesión, según precisa la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1998.

2. La distribución.

Otra manifestación de la limitada actuación que sobre el ámbito de la sucesión en los títulos nobiliarios tiene la autonomía privada es la figura de la distribución, que, según explicaré con más detalle, tiene una indudable ventaja respecto de la cesión y renuncia, ya que, a diferencia de éstas, sí modifica el orden sucesorio y crea nuevas cabezas de línea.

Aparece prevista en el artículo 13 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, que la contempla en los siguientes términos: “El poseedor de dos o más Grandezas de España o Títulos del Reino, podrá distribuirlos entre sus hijos o descendientes directos con aprobación de S. M., reservando el principal para el inmediato sucesor. Esta facultad quedará subordinada a las limitaciones y reglas establecidas expresamente en las condiciones respecto al orden de suceder”.

El dictamen del Consejo de Estado de 8 de marzo de 2001 explica que “la distribución es figura que persigue evitar la excesiva concentración de las dignidades en una sola persona y vincula a los descendientes del primogénito que pierden todo derecho al título, suponiendo una derogación, para un supuesto concreto, del principio de primogenitura, pues sin necesidad de aprobación del primogénito, primer llamado a la sucesión, el título no principal puede ser asignado a los demás hijos y descendientes”.

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1989 expone que “La doctrina especializada en materia de títulos nobiliarios insiste en [...] los efectos trascendentales de la distribución, siempre que –se haga «mortis causa» o «inter vivos»– el titular lo sea de dos o más mercedes nobiliarias, obtenga la autorización del Monarca y reserve el título principal de la Casa para el primogénito, produciéndose entonces una alteración en las distintas líneas sucesorias, con creación en cada una de ellas de una nueva cabeza de línea, representada por los designados”.

Distinguiré, a efectos expositivos, entre los requisitos, límites y efectos de la distribución.

A) Requisitos.

Existen al respecto requisitos subjetivos y formales.

a) Comenzando por el análisis de los primeros, hay que observar que para que pueda realizarse la distribución se exige que quien la realice sea poseedor de dos o más títulos nobiliarios.

La jurisprudencia ha precisado que no basta con que el distribuyente sea la persona con mejor derecho a la sucesión de los títulos nobiliarios de que se trate, sino que es necesario que tenga la posesión efectiva de los mismos.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1986 dice así que para “... distribuir– un título, es presupuesto indispensable tener la posesión legal y efectiva del mismo –nunca la simple expectativa más o menos fundada de llegar a poseerlo en tal forma–, ...”.

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1998 observa que “la facultad que el artículo 13 del Real Decreto de 27 mayo 1912 concede al poseedor de dos o más Grandezas de España o Títulos del Reino para distribuirlos entre sus hijos o descendientes directos cuya facultad distributiva [...] requiere indudablemente que el distribuyente sea poseedor legal, real y efectivo [...] de los títulos que distribuye, sin que para ello baste la posesión civilísima” (en cuanto expresiva del “mejor derecho” a poseer) y, más adelante: “para ceder –o, en su caso distribuir–

un título, es presupuesto indispensable tener la posesión legal y efectiva del mismo nunca la simple expectativa más o menos fundada de llegar a poseerlo en tal forma”.

Además, el dictamen del Consejo de Estado de 2 de marzo de 2006 expone que la distribución ha de ser “personal” y no “matrimonial”, es decir, que no cabe que cuando marido y mujer posean, cada uno de ellos, títulos propios, pretendan “distribuirlos de mutuo acuerdo entre todos los hijos habidos. No cabe acumular, como si fueran una, las distribuciones de títulos propios respectivas del marido y la mujer”.

b) Los beneficiarios de la distribución han de ser necesariamente “hijos o descendientes directos” de quien la realiza.

A diferencia de la cesión, como precisa el mismo dictamen del Consejo de Estado de 2 de marzo de 2006, no requiere aprobación del primogénito, primer llamado a la sucesión de los títulos nobiliarios secundarios, que resulta perjudicado por la distribución.

c) La distribución requiere, además, la aprobación regia, que, según la jurisprudencia tradicional, ha de ser expresa.

En este sentido se orienta, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1984, así como la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1996, según la cual la aprobación no es “presumible ni conjeturable de ningún acto por significativo que el mismo pareciese, ni incluso deducible de las reales cartas expedidas a favor de los cesionarios de los favorecidos por una distribución si en ellas no se hace constar formal y expresamente la aprobación de tales cesiones o distribuciones”.

Parece, por tanto, que la exigencia de aprobación expresa habría que interpretarla en el sentido de que en la expedición de la Carta de Sucesión se debe decir explícitamente que la misma tiene su origen en un acto de distribución.

No obstante, en la jurisprudencia se asiste a una progresiva atenuación del originario formalismo.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2002, en el concreto caso resuelto por ella, sostuvo que hubo aprobación de la Corona a la distribución de los títulos nobiliarios, “careciendo de relevancia, el dato de que se utilizase o no el término «aprobación»”.

La misma flexibilidad se aprecia en el dictamen del Consejo de Estado de 2 de marzo de 2006, el cual parece admitir que “la expedición del título implica por sí misma autorización si se hubiera solicitado la sucesión por distribución”.

La necesidad de aprobación regia se explica por el hecho de que, como explica la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2002, “la dis-

tribución, supone una modificación del orden de suceder, que es facultad, que de acuerdo con la Ley veinticinco uno seis de la Novísima Recopilación, está reservada al Monarca”.

Sin embargo, el dictamen del Consejo de Estado de 2 de marzo de 2006 habla de “una reducción del grado de discreción real en la concesión de la aprobación o autorización de la distribución ya realizada [...] Aunque se pudiera fundamentar una prerrogativa regia al respecto, como temperamento de la distribución realizada, ésta es en sí misma un negocio distributivo, ejercicio de una facultad del distribuidor. Ello ha hecho operar la potestad regia como una facultad reglada al igual que no cabe elevar a Su Majestad el Rey una solicitud de autorización para un negocio distributivo que altere el orden vincular si no se cumplen requisitos muy precisos establecidos para ella, pero si los mismos se cumplieran, y así se comprueba en el correspondiente expediente administrativo, debe proponerse a Su Majestad el Rey la autorización”.

B) Límites.

La distribución tiene una serie de límites.

a) El primero de ellos es que deberá reservarse el título “principal para el inmediato sucesor”; y ello, porque, como explica el dictamen del Consejo de Estado de 2 de marzo de 2006, es “el más perjudicado directamente por el ejercicio de la facultad de distribuir, al perder, así como sus descendientes, el derecho preferente al título” o títulos secundarios, respecto a cuya sucesión se deroga el principio de primogenitura.

El Consejo de Estado, en su dictamen de 7 de febrero de 1991, precisa que: “un título de Grandeza de España es principal respecto a los que no tengan esta distinción, como también es admitido que el de mayor jerarquía honorífica debe considerarse principal, salvo concurrencia de circunstancias históricas o sociales que modifiquen esa valoración formal; en tal sentido, inicialmente habrá de considerarse como principal un marquesado en relación con títulos de conde, vizconde o barón y así sucesivamente, sin que la fecha de concesión altere, en principio, dicho criterio formal [...] De no mediar esos criterios objetivos de valoración habrá de estarse a las preferencias familiares, tales como el uso en primer lugar y la estima en que se hubieran tenido”.

b) El segundo de los límites es que, a tenor del artículo 13 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, “quedará subordinada a las limitaciones y reglas establecidas expresamente en las condiciones respecto al orden de suceder”.

Esta previsión parece referirse a los títulos nobiliarios cuyas Cartas de Otorgamiento establezcan un orden de suceder “irregular” o distinto al tradicional en la Corona de Castilla, el cual ha de ser respetado por la distribución.

Así lo entendió la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1986, según la cual “la distribución es posible [...] siempre que se trate de títulos no sometidos a un especial orden sucesorio y, por tanto, regidos por el llamado orden regular de sucesión en la Corona, pero no en aquellos otros sujetos a un especial orden [...] ya que por imperativo del artículo trece del Real Decreto de mil novecientos doce, la aludida facultad de distribuir «quedará subordinada a las limitaciones y reglas establecidas expresamente en las concesiones respecto del orden de suceder»”, y de ahí que la sentencia recurrida estimara, con acierto, declarar la nulidad o ineficacia jurídica de la distribución otorgada.

Sin embargo, lo cierto es que, según interpretación ampliamente asentada en el Consejo de Estado, el último inciso de este precepto debe también aplicarse a los órdenes regulares de suceder y entenderse, tal y como propone el dictamen de 2 de noviembre de 2000, en el sentido de que, “salvo la excepción al principio de primogenitura en los títulos no principales, en todo lo demás el orden de sucesión contenido en la Carta de concesión, ley de la sucesión, debe entenderse enteramente en vigor”. Concretamente, este dictamen consideró nula la distribución en la que el poseedor de dos títulos había asignado el principal a su primogénito y el otro título a su cuarto hijo, por considerar que se había preterido indebidamente a los hijos segundo y tercero, los cuales tenían una posición genealógica preferente. “En otras palabras, el Consejo de Estado considera [...] que el poseedor de varios títulos puede, mediante la distribución, suprimir el derecho del primogénito a los no principales, pero ello no significa una derogación de todo el sistema vincular, sino que deben aplicarse, también con relación a los demás hijos y descendientes, las reglas establecidas en la carta de concesión y, en su defecto, el orden regular de sucesión”.

En el mismo sentido se pronunció el dictamen de 11 de enero de 2001, según el cual “La distribución supone una alteración del orden vincular, porque se deroga el principio de primogenitura, pero no confiere al titular una facultad genérica para asignar libremente y a voluntad sus títulos no principales, sino que está sometido a ciertas constricciones [...] A juicio del Consejo de Estado [...] es necesario que quien distribuya respete la prioridad de las líneas que nacen de él, además de la reserva del principal. Según esto, si desea ceder un segundo título, sólo puede hacerlo al segundogénito y no puede distribuir a favor del tercer llamado sin haber antes asignado otro título al segundo. Se puede distribuir una merced a

favor de cada una de las líneas que nazcan del titular, siempre que se observe el orden de prioridad de líneas según el orden regular de sucesión”.

El dictamen de 13 de mayo de 2004 se plantea también “la cuestión de si se puede distribuir el título a favor del hijo menor –el solicitante– con reserva al primogénito de la merced principal, pero sin tener en cuenta la mejor posición genealógica de un hermano varón mayor del interesado”. La solución a la que llega es clara: “En relación con este mismo título y en una anterior distribución, el Consejo de Estado ha afirmado que el carácter excepcional de la posición otorgada por el artículo 13 impide ignorar el derecho de los que se encuentran «en una preferente posición genealógica y no han prestado su consentimiento», de manera que para llegar al fin propuesto no se puede acudir a la figura de distribución y sí a la de la cesión, pero con el consentimiento de los interesados”. El dictamen consideró, en consecuencia, que era nula la distribución en la que se había postergado a unos hermanos varones en favor de una hija, de menor edad, a la que se había atribuido un título nobiliario.

El dictamen de 2 de marzo de 2006, al exponer, con carácter general, los requisitos a los que debe subordinarse la validez de la distribución, afirma también que “la distribución se subordina a las limitaciones y reglas establecidas expresamente en las concesiones respecto al orden de suceder [...] el distribuidor tiene que respetar, respecto a los hijos entre los que distribuye las mercedes, el orden de prelación entre ellos y no puede distribuir títulos a favor de hijos menores pretiriendo a otros hijos de mayor edad excluidos de la distribución”.

De todo lo expuesto resulta que si, por ejemplo, alguien posee dos títulos nobiliarios y tiene tres hijas y un hijo varón, menor que todas ellas, no puede hacer la distribución asignando el título principal a la hija primogénita y el otro título al hijo cuarto, porque esta distribución estaría vulnerando el mejor derecho a suceder de la segunda hermana, a quien deberá ir el título secundario. Cabría, eso sí, que las hijas segunda y tercera renunciaran a su derecho de suceder, pero entonces estaríamos ante una mera cesión de título, que, como vimos, no perjudica a los descendientes de aquéllas.

Según la interpretación sostenida por el Consejo de Estado, en el caso propuesto, sólo podría asignarse al hijo varón un título secundario, cuando, en vez de dos, fueran cuatro el número de títulos que tuviera quien hace la distribución y se asignara uno a la hija segunda y otro a la hija tercera.

c) El tercero de los límites es que la distribución, lógicamente, no puede perjudicar a quienes, no siendo hijos o descendientes de quienes la realiza, tuvieran mejor derecho a poseer los títulos nobiliarios que se dis-

tribuyen, los cuales podrán impugnar la validez de dicho acto, según resulta, por ejemplo, de las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1989, de 16 de abril de 1996 o de 4 de abril de 2002.

El dictamen del Consejo de Estado de 2 de marzo de 2006 constata, así, que “la distribución y consecuente creación de nueva cabeza de línea se limita a cualquier línea que nazca en el distribuidor, sólo opera, beneficia o perjudica, a los descendientes del distribuidor y no afecta a los terceros que no sean descendientes del distribuidor, de modo que la distribución [...] ni vincula a los poseedores de mejor derecho genealógico respecto al distribuidor (y lógicamente al distribuido) y deja intactos los derechos genealógicos preferenciales respecto al fundador del título [...] La delación administrativa de un título nobiliario no prejuzga el eventual mejor derecho de un tercero y se predica siempre según el orden establecido en su carta de creación, que ampara y protege a quien ostente el mejor derecho”.

La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2004, recogiendo doctrina consolidada de la Sala Primera, observa que “cuando un tercero, con mejor derecho al que ostentaba el distribuyente, lo reivindica judicialmente se hace indispensable declarar la nulidad de la propia distribución. Nulidad que afecta a todos los favorecidos y de ahí que imponga al actor la carga de demandarlos [...] La excepción de que se trata es apreciable de oficio”.

Confirman que la falta de *litisconsorcio* pasivo necesario, por no intervenir en la controversia todos los interesados, es apreciable de oficio; por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1970, de 8 de mayo de 1989 o de 16 de abril de 1996.

C) Efectos.

La distribución produce efectos bien distintos a los de la cesión, ya que, a diferencia de ésta, sí nova el orden de suceder establecido en la Carta de Otorgamiento originaria, convirtiendo al beneficiario en nueva cabeza de línea.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1988 afirma, así, que “la distribución [...] de Títulos nobiliarios produce una novación en el orden sucesorio de la dignidad afectada y la creación e instauración de una nueva línea que desplaza a las anteriores”.

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1989 dice que la “distribución de títulos nobiliarios, en los casos y con los requisitos que previene el artículo 13 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, ha de reputarse con virtualidad suficiente y eficacia bastante para conceptuar a quien por efecto de ella obtuvo una determinada merced poseedor legí-

timo de la misma, convirtiéndose en cabeza de una línea en la que, desde su arranque, ha de seguirse el orden regular de sucesión”.

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2002 considera “doctrina constante de esta Sala” que “la distribución de los títulos [...] hecha por el titular de los mismos y aprobada por el Jefe del Estado, produce una novación o alteración en las distintas líneas sucesorias, con creación en cada una de ellas de una nueva cabeza de línea representada por los designados, de forma que en lo sucesivo, los descendientes de la persona que constituyó esa cabeza de línea tienen derecho preferente a los de cualquier otra línea, aunque esa otra sea la preamada, antes de que se hubiese llevado a efecto tal distribución, de donde resulta indudable, el preferente derecho de los descendientes [del segundo hijo beneficiado con un título de menor rango] sobre los descendientes de su hermano [...] aunque éste fuera el primogénito del que efectuó la distribución testamentaria”. E insiste en que “la distribución implica, la novación del orden sucesorio primeramente establecido en la concesión, con el consiguiente encabezamiento de una nueva línea sucesoria a la que es preciso estar en todo caso”.

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2004 afirma que “El principal efecto de la distribución es la alteración del orden vincular en relación con los títulos no principales que se distribuyan y, al fin, la conversión de los beneficiarios en nuevas cabezas de línea”; más adelante recuerda que se trata de “una excepción expresa al orden regular de suceder”.

La consecuencia es que los descendientes de los no beneficiados por el acto de distribución, si los hubiere, no podrán impugnar la validez de ésta, invocando un mejor derecho a poseer los títulos secundarios distribuidos, como, por lo demás, tampoco pudieron haberlo hecho sus ascendientes en el momento en que se realizó tal acto.

Según afirma el dictamen del Consejo de Estado de 2 de marzo de 2006, el acto “crea nuevas cabezas de línea en los descendientes beneficiados por la distribución a costa y en perjuicio de la línea primogénita, desplazada y perjudicada por la distribución, al suprimir derechos preferentes que hasta ese momento ostentaba frente al distribuidor como primogénitos sucesorios, y ello con carácter permanente y definitivo”.

Surge la pregunta de si un poseedor de varios títulos nobiliarios, con dos hijos, podría realizar la distribución, atribuyendo, exclusivamente, a la hija mayor el título principal y todos los demás al hijo menor y, por tanto, con peor derecho a la sucesión en ellos, de acuerdo con la actual legislación. Tengo mis dudas, porque, como dice el dictamen del Consejo de Estado de 2 de noviembre de 2000, la finalidad de la distribución es “evitar la excesiva concentración de las dignidades en una sola persona”

con el fin de evitar la pérdida de la memoria de las personas o hechos que originariamente motivaron la concesión de la merced; y no sé hasta qué punto la distribución puede ser, de hecho, utilizada como un mecanismo para burlar el nuevo sistema de sucesión instaurado en la Ley 33/2006, basado en el principio de igualdad entre el varón y la mujer.

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA

Reconozco que el DICTAMEN (corto, para tratar el/los supuestos fácticos y plasmar la respuesta fundada en Derecho, en el espacio de tres horas) contenido en el número 70 incide en materias áridas. Pero no pueden ser cuestiones más actuales y desde luego prácticas las que regula la Ley 3/2009, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, y por ello mi intención es que se enfrente el opositor con ellas “de frente y por derecho”.

A la vista de las opiniones, enfoques, ideas, conclusiones y respuestas, me ha parecido lo más adecuado centrar los puntos más complejos planteados en el DICTAMEN, del modo siguiente.

I. Los artículos 71 y 72 de la Ley 3/2009. Comparativa.

1. A diferencia de la Escisión (Es.) total y de la parcial (arts. 69 y 70 respectivamente), en que son los socios de la sociedad que se escinde (y en la Es. total, la sociedad transmitente se extingue) los que reciben acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias en proporción a su respectiva participación en aquélla, tanto en la Segregación (art. 71) como en la Constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio (art. 72), es la sociedad

segregada o es la sociedad transmitente, respectivamente, la que recibe a cambio acciones, participaciones o cuotas de socio de la sociedad beneficiaria (en la Segregación éstas pueden ser varias; en el supuesto del art. 72 una sola sociedad beneficiaria, de nueva creación, que al adquirir *todo* el patrimonio de la transmitente, entrega a ésta todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de ella).

2. Para entenderlo mejor –al menos, así lo creo– hay que considerar que en el supuesto del artículo 72, operación asimilada a la Es., lo que se quiere es –dentro de un proceso de reestructuración empresarial de grupo– que la actividad propia del objeto social de la sociedad transmitente la desarrolle la sociedad de nueva creación (adquirente en bloque de todo el patrimonio de aquélla) y la sociedad transmitente, al recibir a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de la sociedad beneficiaria, se convierte en sociedad *holding* o de cartera.

El epígrafe definitorio del artículo 72, Constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio, anuncia lo que el precepto regula y he tratado de analizar. Desde que se produce lo que el artículo 72 explaya, las actividades constitutivas del objeto social de la transmitente son desarrolladas indirectamente, a través de la sociedad filial, íntegramente participada. De ahí que expresivamente se califique el proceso de *filialización total*, pues éste es su resultado.

3. Sin llegar a la filialización total, también hay que destacar –ante el art. 71– que la Segregación es útil en procesos de filialización; así traspasando en bloque por sucesión universal una o varias partes del patrimonio de una sociedad (cada una de las cuales ha de formar una unidad económica) a una o varias sociedades filiales. La sociedad aportante de los activos recibe a cambio participaciones de las beneficiarias y se reestructura en ese ámbito como *holding* o de cartera.

4. En consecuencia –ante la regulación legal–, para que de Segregación se trate, el patrimonio ha de transmitirse en varios bloques –unidades económicas– a distintas sociedades, las que pueden ya existir o ser de nueva creación; o bien transmitirse en un único bloque *todo* el patrimonio a una sociedad ya existente. Si en este último caso la sociedad es de nueva creación, nos hallamos no ante una Segregación; estamos en tal caso ante el supuesto de filialización total que regula el artículo 72.

El juicio crítico a realizar queda para el que desee profundizar.

II. La cesión global de activo y pasivo –arts. 81 y ss.– consiste, en esencia, en la transmisión en bloque por una sociedad inscrita de todo su patrimonio por sucesión universal a uno o varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación en dinero u otro bien o derecho. Pero no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. Veamos cuestiones.

1. Con la prohibición última se quiere deslindar la figura (CGAP) de la fusión y de la escisión –incluso de las modalidades expuestas antes de los arts. 71 y 72.

2. En el caso de que la contraprestación –dice el art. 81.2– fuese recibida total y directamente por los socios, la sociedad cedente quedará extinguida. Merece profundizarse aquí, máxime considerando lo que el artículo 81.1 expone y he transcrito.

2.1. La literalidad del artículo 81.2, “total y directamente por los socios”, plantea la posibilidad –por ejemplo– de que mediante acuerdo de todos los socios parte de la contraprestación vaya directamente a ellos (incluso acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario) y otra parte directamente a la sociedad cedente, la que podría así continuar su actividad. Parece perfectamente posible.

2.2. Ahora bien, el autor que plantea el anterior supuesto ante la literalidad del artículo 81.2, ALONSO UREBA, expone que, a pesar de ello, cabría sostener lo contrario “en la medida en que recibir los socios de la sociedad cedente acciones, participaciones o cuotas del socio cesionario, nos llevaría a un supuesto más próximo al de la fusión o al de la escisión total, prescindiéndose de parte del régimen de este tipo de operación”.

Merece la pena detenerse en este punto, a mi entender. Para profundizar más, la cita completa es: ALONSO UREBA, Alberto, “Cesión global de activo y pasivo”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 31, 2008 (por su fecha, los comentarios se refieren al Proyecto de Ley de la actualmente en vigor Ley 3/2009).

Y ahora no solicito DICTAMEN, sí OPINIÓN fundada en Derecho.

Es frecuente que el opositor no dictamine, no responda o dé solución, con fundamentación jurídica, sobre la cuestión o supuesto de hecho problemático que se le plantea. Dé opiniones, con citas doctrinales, apunte soluciones pero *sin decidirse* por una solución o respuesta a su juicio la adecuada, con arreglo a Derecho.

En consecuencia, para que se distinga bien, en el caso presente solicito OPINIÓN fundada en Derecho acerca de:

Primero. ¿En qué supuesto una sociedad absorbente puede ser titular de forma *indirecta* de todas las acciones o participaciones sociales en que se divida el capital de la sociedad o sociedades absorbidas? Artículo 49.1 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (Ley 3/2009).

Segundo. ¿Cuáles son los supuestos a los que el artículo 52.1, primera parte, se refiere?: sociedades íntegramente participadas de forma directa o indirecta por el mismo socio.

Y tercero. ¿A qué supuestos cabe aplicar lo que el mismo precepto, artículo 52.1, en su segunda parte dice? A saber: la sociedad absorbida es titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones de la sociedad absorbente.

TRES HORAS

ACTUALIDAD JURÍDICA

“Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el informe Segré hasta hoy”, Esther Muñiz Espada, Sergio Nasarre Aznar y María Elena Sánchez Jordán, Colección Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008, 281 páginas.

La obra elaborada por los profesores titulares de Derecho Civil MUÑIZ ESPADA (Universidad de Valladolid), NASARRE AZNAR (Universidad Rovira i Virgili) y SÁNCHEZ JORDÁN (Universidad de La Laguna) tiene su origen en el consolidado grupo internacional e interdisciplinar de investigación sobre la Eurohipoteca (*The Eurohypothe: a common mortgage for Europe*), grupo que precisamente se creó a raíz de la iniciativa de los autores (www.eurohypothe.com). El libro en sí es, por tanto, una de las muchas investigaciones que en torno a este tema los distintos miembros del grupo han venido llevando a cabo durante el último lustro, tal y como se puede comprobar en el capítulo I, donde, además de situar al lector en el contexto de elaboración de su contenido, los autores llevan a cabo una concisa pero clarificadora enumeración de los principales resultados obtenidos hasta el momento. De esta manera, considero que la lectura detenida de este primer capítulo se vuelve en indispensable para poder situar el resto en el contexto adecuado. La obra, como ya he adelantado, se estructura en capítulos, seis en total, y finaliza con un último y completo apartado en el que se recoge la bibliografía citada, nacional e internacional. Los capítulos, aunque formalmente no aparecen divididos de forma alguna, en razón a su contenido pueden ser clasificados, en mi opinión, en tres partes claramente diferenciadas.

La primera parte estaría constituida por el capítulo I (introdutoria), ya referido.

La segunda englobaría la totalidad del capítulo II, en el que los autores llevan conjuntamente a cabo una traducción al castellano del “Working paper: Basic Guidelines for Eurohypothe”, en *Basic Guidelines for Eurohypothe. Outcome of the Eurohypothe workshop November 2004/April 2005*, Polis Mortgage Credit Foundation, mayo 2005, donde se publicó íntegramente la propuesta de Eurohipoteca. Esta minuciosa traducción del original publicado en inglés se erige ineludiblemente en una herramienta facilitadora del estudio para el lector de habla hispana, máxime si se tiene en cuenta que no se está ante una mera traducción, en la medida en la que los autores participaron

directamente en la elaboración de la propuesta de Eurohipoteca. Puede afirmarse, por tanto, que el texto que se recoge en este capítulo II no ha perdido ni un ápice del espíritu y sentido de la propuesta original.

La tercera parte la constituirían los capítulos III, IV, V y VI, en los que se encuentran distintos trabajos doctrinales sobre la Eurohipoteca. En el capítulo III la doctora SÁNCHEZ JORDÁN realiza un didáctico y a la vez denso y bien fundamentado estudio sobre la historia de la Eurohipoteca, llevando a cabo un recorrido, paso a paso, de los principales ejes sobre los que ha ido girando a lo largo del tiempo la construcción de esta institución, para llegar a concluir que las distintas corrientes han confluído en la idea de la conveniencia de que la Eurohipoteca conviva (y no que suprima o excluya) con las distintas instituciones existentes de cada ordenamiento jurídico. El capítulo en sí, precedido por un valioso sumario, es, por las razones antedichas, esencial para poder comprender el resto del contenido de la obra. Por su parte, el doctor NASARRE AZNAR realiza en el capítulo IV un concienzudo análisis sobre el Libro Verde de la Unión Europea y la Eurohipoteca, incluyendo un ilustrativo esquema sobre la postura que tienen frente a la institución distintos operadores jurídico-económicos europeos. Finaliza con un sucinto pero interesante apartado en el que aporta su visión sobre la perspectiva de la Comisión de Mercado Interior de la Unión Europea para seguidamente pasar a plantear distintos retos a los que se enfrentará la Eurohipoteca en el futuro. La totalidad del capítulo V la conforma el estudio llevado a cabo por la doctora MUÑIZ ESPADA que, analizando como ejemplo lo acontecido en el ordenamiento jurídico francés, plantea al lector la problemática a la que se enfrentan algunos sistemas hipotecarios, como consecuencia de las deficiencias jurídicas y económicas de las que adolecen, una vez que pretenden hacer efectiva su inclinación hacia una mayor flexibilización de cara a aumentar su oferta. De esta manera, la autora, aun reconociendo que la solución francesa pueda no resultar del todo suficiente o definitiva, expone sistemática y críticamente las cuestiones más importantes que deben ser tenidas en cuenta en lo que al Derecho francés se refiere, haciendo hincapié en la implantación de la denominada *hypothèque rechargeable* (la que puede ser reutilizada para la garantía de nuevos créditos). Por último, el capítulo VI contiene la traducción llevada a cabo por Simón MORENO (Universidad Rovira i Virgili) del trabajo en inglés del doctor Otmar STÖCKER (Asociación de Bancos Hipotecarios Alemanes, Berlín) que lleva por título: "La Eurohipoteca – ¿La accesoriadad como dogma jurídico?", en el que el autor, tras una ilustrativa introducción, diserta sobre la accesoriadad como elemento vinculante de los distintos elementos que conforman el negocio hipotecario, incluyendo una serie de esquemas que, aunque muy básicos, ayudan al lector a identificar perfectamente el proceso al que en cada caso el texto va refiriéndose. Este capítulo termina con un apartado de conclusiones que sintetizan ideas ya reflejadas en el cuerpo del estudio pero que, por su importancia, aconsejan su recopilación de manera pormenorizada, tal y como se ha hecho. Hay que se-

ñalar que el doctor Otmar STÖCKER es el principal experto europeo en Eurohipoteca, habiendo publicado en 1992 una monografía sobre el tema, del que no se ha desvinculado hasta la fecha.

La obra, en definitiva, como fruto que es del trabajo de un brillante equipo investigador experto en la materia, se convierte en un pilar esencial para llevar a cabo un eficaz acercamiento, análisis y reflexión sobre las vicisitudes que conforman la figura de la Eurohipoteca, institución de incuestionable importancia y actualidad.

María Aránzazu Calzadilla Medina

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de La Laguna*

“El papel del Derecho agrario. La modernización de la agricultura”, Alberto Ballarín Marcial, con prólogo de Luigi Costato, editado por Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, Madrid, 2009, un volumen de 581 páginas.

No hace falta resaltar la importancia decisiva de la aportación realizada por Alberto BALLARÍN al Derecho agrario español, europeo y mundial, pero si hubiese que destacar algo dentro del amplio panorama que tal aportación ofrece, creo que dos bienes tangibles y otro más, éste intangible pero de la más alta importancia, sobresalen entre lo que debemos a tan ilustre jurista. Los bienes tangibles que cabe destacar, a mi juicio, son, por orden cronológico, en primer lugar su manual de Derecho agrario, y en segundo lugar la fundación e impulso de la revista *Derecho Agrario y Alimentario*, que cumplirá veinticinco años de vida en el año 2010. En cuanto al bien intangible más importante que nos ha proporcionado, señalo sin vacilar la propia idea de Derecho agroalimentario, que tan útil ha resultado a los agraristas de todo el mundo, y señaladamente a los agraristas europeos, lo que explica su amplísima difusión presente.

Pues bien, creo que la obra que nos ocupa, viene a convertirse en un excelente resumen de tan magnífica ejecutoria, que continúa prometiendo nuevos frutos.

Abre el libro un excelente prólogo del profesor Luigi COSTATO, emérito de la Universidad de Ferrara, y autor de magníficos manuales de Derecho agrario comunitario, en los que se han formado los jóvenes agraristas italianos, prólogo que resulta luminoso no sólo en lo que atañe a la obra de BALLARÍN, sino también acerca del estado de cosas imperante en el Derecho agrario comunitario, sobre el que vuelca el insuperable caudal de conocimientos que le han proporcionado tanto su experiencia científica, como su faceta de agente activo en el mercado agroalimentario y de profundo conocedor del mismo.

La obra en sí comienza con una introducción sobre la evolución de la agricultura hacia lo que entendemos por modernización, en la que señala como hitos decisivos la legislación del siglo XIX hasta la codificación civil, la legislación de reforma del siglo XX, y la legislación de modernización que desde la última década del siglo XX preside la profunda modificación de la Política Agrícola Común con que ha comenzado el siglo XXI, sobre la que ofrece una fundada crítica.

El capítulo I trata de los principios de orden político para asentar el sistema agroalimentario, y comienza por defender la plena vigencia de las justificaciones económicas de la existencia de una política agrícola que, como la PAC, ha venido estabilizando los mercados de los productos agroalimentarios, en cumplimiento de los objetivos que marcó el Tratado de Roma, y que encuentra ahora, como defensa del mundo rural, la justificación adicional de la tutela medioambiental y la prevención del cambio climático, con la consiguiente ampliación del concepto de lo agrario. En lo referente a España, pasa revista sucintamente el autor a los ilustres precedentes de las políticas modernizadoras que supusieron las obras de JOVELLANOS, Fermín CABALLERO, Joaquín COSTA y Pascual CARRIÓN, para terminar por exponer las propuestas posibles hoy para una reforma de la legislación agraria, y los objetivos que debería perseguir.

El capítulo segundo aborda el estudio del Derecho agrario positivo, comenzando, como es lógico, por el Derecho comunitario originario o fundamental, de modo evolutivo, para terminar con exposición de sus principios, para proseguir con un completo y profundo estudio de las bases que la Constitución española vigente proporciona al Derecho agrario, así como de la peculiaridad que imprime a nuestro Derecho agrario el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas.

El capítulo III contiene un estudio de los derechos de propiedad y de empresa y de su función social (ampliado mediante dos anexos) tanto en sus fundamentos filosóficos como en sus proyecciones jurídico positivas históricas y vigentes en el Derecho español, concretadas en el “deber de cultivar y mejorar”, que hoy ha de entenderse desprovisto de cualquier connotación “productivista”, y por el contrario concretado en reglas tendentes a imponer en la actividad agraria el más exquisito respeto a intereses generales, entre los que hay que destacar la protección de la salud pública, del medio ambiente y también del bienestar de los animales, que no sólo se protegen directamente por el Derecho agrario comunitario e interno a través de sanciones administrativas y penales, sino que condicionan también el derecho al pago único a través de la llamada condicionalidad de las ayudas.

El capítulo IV, titulado “Definición y justificación del Derecho agrario y del Derecho agroalimentario”, plantea desde el fundamento del Derecho comunitario originario y desde el Derecho constitucional español el propio concepto de Derecho agrario, y examina la evolución de tal concepto hasta llegar al Derecho agroalimentario, que conceptúa como derecho de protección con base en el artículo 130 de la Constitución española. En fin, con un acopio doctrinal que busca lo esencial, termina por proporcionar y justificar su propia definición del Derecho agroalimentario español, aún considerando que pudiese ponerse en cuestión el sistema de ayudas y que también podría surgir alguna desviación hacia producciones agroindustriales.

Las nociones de empresa y empresario, de agricultor y de explotación, de actividad agraria y de estructura agraria, constituyen el objeto de estudio del

capítulo V, que resulta, por lo tanto, un capítulo de contenido muy predominantemente jurídico privado, y ciertamente clarificador de nociones jurídico civiles y jurídico mercantiles que no por asentadas legalmente desde hace mucho tiempo (piénsese en el art. 1056 del Código Civil), pueden rendir toda su utilidad sin una permanente atención doctrinal, y una puesta al día en la que sin duda el Derecho comunitario juega un papel decisivo, con sus definiciones de eficacia limitada pero de gran fuerza expansiva.

El capítulo VI estudia la explotación familiar, que considera merecedora de tratamiento especial por ser una figura muy característica y persistente en la agricultura universal, pese a que esté amenazada actualmente por el deterioro de los equilibrios de la población rural, que puede verse favorecida por una adecuada implantación del asociacionismo mediante sociedades, especialmente sociedades cooperativas y sociedades agrarias de transformación. En el mismo capítulo se abordan las cuestiones relativas a los jóvenes agricultores y su instalación, necesitada de normas fiscales, de derecho sucesorio y crediticias, así como instauradoras de ciertas preferencias (en arrendamientos, en asignación de cuotas y de derechos de pago único) que la favorezcan, como propugna y permite la normativa europea en su conjunto y señaladamente la regulación llamada de desarrollo rural.

El capítulo VII, de nuevo de denso contenido privatístico, se dedica a las figuras asociativas y comunitarias y a su difícil sistematización y distinción, dada la amplísima serie de tipos existentes de sociedad y grupos análogos, y contiene, además de un interesante estudio comparado de los ordenamientos francés e italiano, unas propuestas de regulación de sociedad especial agraria y de sociedad agraria laboral enteramente desarrolladas.

A los negocios jurídicos sobre la explotación agraria se dedica el capítulo VIII, de especial interés para las profesiones notarial y registral, así como para los interesados en las vertientes propias del Derecho civil, siempre presentes en el Derecho agrario, que son examinadas por el autor con notable maestría y atención a la realidad presente. Desfilan ante los lectores los contratos de compraventa y de arrendamiento, la sucesión en los contratos, la donación, la sucesión contractual, la partición de herencia, la constitución de usufructo, e incluso los protocolos familiares, con atención no sólo al Derecho común sino también a los derechos forales, que contienen amplias regulaciones recientemente renovadas.

El capítulo IX estudia el tema de la conservación de las empresas con ocasión del fenómeno sucesorio, materia ésta objeto de varias de las reformas del Código Civil de los treinta últimos años, y que trata de salir al paso de la dificultad creciente de encontrar sucesor en las explotaciones agrarias, y lo hace con amplio tratamiento de los antecedentes y con comparación con otros ordenamientos jurídicos, y culmina con la formulación de diez principios que habrán de inspirar la legislación en la materia y las necesarias medidas de apoyo.

No podía faltar un tratamiento específico de la figura del arrendamiento rústico y de su virtualidad en materia de reforma estructural y en materia agroambiental, y eso es lo que lleva a cabo el autor en el capítulo X, en el que de nuevo se parte de los antecedentes de la legislación arrendaticia vigente, y con interesantes argumentos comparativos, se formulan propuestas *de lege ferenda*.

El capítulo XI es un profundo estudio del regadío en España, en el que, partiendo del bosquejo histórico, el autor despliega una amplia batería de argumentos a favor del regadío y de su fomento y mejora, que tras un minucioso estudio de la legislación estatal y autonómica en la materia, culmina también en algunas propuestas de reforma de la legislación estatal que sirvan de marco a una decidida apuesta a favor del regadío.

El capítulo XII aborda otro de los problemas que lastran la productividad de las explotaciones, el de la atomización de la propiedad o minifundio, y tras someter a crítica las variadas medidas que en nuestro ordenamiento jurídico han tendido a luchar contra el minifundio (retracto de colindantes. Comuneros y coherederos, concentración parcelaria, unidad mínima de cultivo), propugna una solución integradora que permita llegar a una explotación mínima viable como solución complementaria.

Por último, cierra la obra una recopilación de datos de interés para el agrarista, que viene a sumarse a la muy completa documentación de cada capítulo. En suma, el lector tiene ante sí un casi exhaustivo elenco de problemas heterogéneos y soluciones ya existentes o tan sólo propuestas, mediante las cuales el Derecho agrario impulsa la modernización de la agricultura, ocasionando notables avances en una búsqueda permanente de mejora del marco legal, en la que confluyen las normas comunitarias, las autonómicas y las estatales tejiendo una tupida y a veces intrincada red que constituye hoy el marco de la actividad agraria, y el complejo tablero en que se ventila el futuro del mundo rural, y para cuya mejora el autor no ha escatimado su esfuerzo y su entusiasmo investigador, guiado por su dilatada experiencia práctica y su conocimiento exacto de los problemas que afronta la agricultura, así como de las soluciones o paliativos que puede ofrecer el Derecho tal y como es hoy.

José María de la Cuesta Sáenz
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Burgos

“El alma de la toga”, Ángel Ossorio y Gallardo, edición facsímil, Editorial Maxtor, 2007.

Esta segunda edición, dice el autor en nota final, añade dos capítulos a la primera (de 1922). En todo lo demás, transcurridos tres años, es exactamente igual a la anterior.

El presente apunte bibliográfico pretende sólo destacar algunas de las ideas de uno de los más eminentes abogados españoles (y políticos; llegó a ser presidente de la República Española en el exilio).

OSSORIO (no confundirlo con el catedrático de Derecho Civil OSSORIO MORALES), abogado hasta la médula, de vocación, marca de entrada la diferencia con el licenciado en Derecho. Abogado es, dice, el que ejerce permanentemente la Abogacía (p. 22).

1. OSSORIO confía en la fuerza interior principalmente: los hombres no llevamos más fuerza que la que Dios nos da (p. 23), pero aparte de eso, la fuerza que en sí mismo no halle no la encontrará en parte alguna.

2. Líbrate de la ira: en las batallas forenses se corre ese peligro, pues nada es tan irritante como la injusticia. El antídoto es el desdén. Ninguna de las cuatro virtudes cardinales puede darse sin el aderezo del desdén para con todo aquello que las contradice (no está lejos de esta idea Antonio PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO cuando en *Abogado en ejercicio*, Marcial Pons, 2009, trae a colación el “Decálogo del abogado” de COUTURE –aunque no lo cite–, para destacar el consejo de que debe olvidar los asuntos, los clientes, los sinsabores, sin perjuicio –añade– de que recuerde las vivencias sin acritud; porque el hombre “es él y sus experiencias”).

3. La sensación de la justicia: ¿dónde está lo justo?, es la pregunta clave. LE PLAY, FUSTEL DE COULANGES, BONALD, MAISTRE... han razonado sobre realidades; así ha avanzado el Derecho, así se hacen las leyes (deben plasmar realidades que necesitan tratamiento *ajustado*) (p. 37).

4. La moral del abogado. ¿Puede aceptarse la defensa de un asunto que a nuestros ojos sea infame? No (p. 47). Cuando un abogado acepta una defensa es porque estima que la pretensión de su tutelado es justa (p. 53). Re-

conoce OSSORIO un margen considerable al criterio individual de modo que entra en su determinación el albedrío individual en las consideraciones morales aplicándolo a la realidad del Derecho, pero a la vez destaca que la moral tiene características de género, que a todos se nos imponen (p. 56). ¿Qué hemos de contestar a la mujer casada que pretende divorciarse? Lo que interesa a sus hijos y a la ejemplaridad pública, dirá en la página 39.

Realismo sin extremismos y principios claros para aplicarlos a los casos reales concretos (PÉREZ DE LA CRUZ, en la p. 38 y ss. de su *op. cit.*, expone algún criterio en este punto que conviene comparar con el citado de OSSORIO).

5. La independencia: estamos ante una profesión liberal. Huye tanto del pacto de *cuota litis* (que convierte al abogado en un *jugador*), de la súplica de la mujer a quien se ama, de la familia que en tu profesión se inmiscuye, del sueldo de quien te quiere contratar y de la política, medio para hacer carrera el abogado (es un explosivo, dirá en la p. 81). Con POINCARÉ termina afirmando: el abogado no depende más que de sí mismo; es el hombre libre, en toda la extensión de la palabra; de tejas abajo no tiene otro señor que la Ley (p. 82).

6. El estudio. El Derecho se transforma constantemente –dirá COUTURE–; mantente al día, por lo tanto. Y OSSORIO reconoce que por regla general muchos abogados estudian menos que cualquier médico rural (p. 133). Da grima ver la mayor parte de sus bibliotecas o la absoluta carencia de las mismas.

Hay que estudiar, hay que leer, hay que apreciar el pensamiento ajeno... termina admonizando (p. 138).

7. El abogado financiero. No lo concibo (dice rotundo en la p. 203): si es financiero no puede ser abogado. Se está refiriendo OSSORIO a lo que hoy se etiqueta como “ingeniería jurídica”: estudiar los mercados, gestionar la cesión de carteras, lograr el traspaso de una concesión, colocar emisiones de obligaciones... y ello aderezado con tantos por ciento de remuneración (pactos de *cuota litis* hipertrofiados, dirá en la p. 205).

El mundo nos utiliza, pero ha de respetarnos y para ello hemos de tener la condición del amianto (resistencia a la acción del fuego; p. 207).

8. La toga, o ¿“el hábito hace al monje”? La toga, dice en las páginas 236 y siguientes, es freno del que la lleva para evitar la palabra grosera, el impulso iracundo; es ilusión, nos recuerda la carrera estudiada, lo elevado de nuestro ministerio en la sociedad, la confianza en nosotros depositada...; es diferenciación, por ella se nos distingue, y es, por último, respeto. Esto es lo que la toga significa e impone; pobres de nosotros –termina rotundo en la p. 241– si no lo entendemos así y no acertamos a comprender toda la austeridad moral, el elevado lirismo que la toga significa e impone. De ahí el título de su obra.

9. ¿Nuestro pueblo ama la justicia?

OSSORIO repasa la vida individual, la local, los medios de comunicación, el arte, la política, la Administración: por todos lados observa que el trato que la persona, el administrado, el contribuyente, el empresario, el trabajador por cuenta ajena, el frecuente en las relaciones con potencial tensión familiar, hereditaria, vecinal..., olvida en demasía las normas objetivas e imparciales (pp. 259 y ss.). Habría que comparar esto con el estudio de CASTÁN TOBEÑAS.

No es España, con todo, una nación negada a la justicia: la injusticia es epidérmica y se mantiene por falta de educación y de civismo, pero la entraña social es justiciera, el pueblo acaba, con seguro instinto, por dar a cada uno lo suyo; la espuma será de injusticia, los posos y el sedimento siempre son de equidad y acierto (p. 266). Los que de otro modo opinen no harán bien en estudiar Derecho (sería, dice, como cultivar la música en un pueblo de sordos; p. 268).

10. Ama tu profesión. Permítame OSSORIO que la *décima* sean palabras de COUTURE. Y es que seguro estoy que refrendaría estas palabras. “El alma de la toga” respira, rezuma y está plena de vocación, amor, ilusión por el *ars boni et aequi* vivo y vivido.

Y con COUTURE terminaría el insigne OSSORIO diciendo sin dudar: considera la Abogacía de tal manera que si tu hijo te pide un día consejo sobre su destino, proponle como oficio de honor ser Abogado (E. de Palma, 1982, p. 55).

Víctor Manuel Garrido de Palma

“Sovereignty and Revolution in the Iberian Atlantic”, Jeremy Adelman, Princeton University Press, Princeton, Oxford, 2006, 409 páginas.

En la mejor tradición de la ciencia histórica, Jeremy ADELMAN es un autor capaz de partir de los datos más prosaicos del pasado para presentar al lector el panorama humano de toda una época. Y su último ensayo, *Sovereignty and Revolution in the Iberian Atlantic*, no es excepción. Considerado uno de los más renombrados expertos en historia hispana, ADELMAN se graduó de la Universidad de Toronto, y pasó luego a obtener un Master en Historia Económica por la London School of Economics y un Doctorado en Historia Moderna por la Universidad de Oxford. Actualmente es profesor de Historia, titular de la Cátedra Walter Samuel Carpenter III en Civilización y Cultura Españolas y director del *Council for International Teaching and Research* en la Universidad de Princeton (EEUU). Su especialidad académica es, se entiende, la historia de América Latina, sobre la cual ha publicado libros como *Frontier Development: Land, Labour, and Capital in the Wheatlands of Argentina and Canada* (1994) y *Republic of Capital: Buenos Aires and the Legal Transformation of the New World* (1999).

En este ensayo ADELMAN presenta una narración del proceso de revolución e independencia de América Latina de manera novedosa y sugerente. Combinando su amplio conocimiento de historia económica y política occidental por un lado, con su profunda familiaridad con la idiosincrasia y particularidad latinoamericanas, por el otro, ADELMAN propone un punto de vista nuevo, que, combinando la historia y la teoría política, explica de manera profunda y emocionante cómo el proceso de independencia en el “atlántico ibérico” se llevó a cabo y llevó a unos resultados tan difíciles de comprender.

Evocando a BORGES, ADELMAN comienza con la sugerente proposición de que los caminos políticos de América Latina son –y han sido desde la Independencia– un “jardín de senderos que se bifurcan”, un laboratorio vivo y efervescente de la política, donde la lucha por la libertad y la identidad aún no han terminado. En efecto, incluso leyendo las noticias actuales de la región, a uno no se le puede escapar la impresión de que, de una manera muy especial, América Latina está aún “por hacer”. Así, ADELMAN propone entender la historia latinoamericana partiendo de que la Independencia es, por

así decirlo, el quicio donde se encontraron y cristalizaron los anhelos y el carácter de los pueblos del continente. Asimismo, el autor se apresura a afirmar algo que, si bien es evidente, no muchos parecen captar: así como la historia de América es, en gran medida, la historia de cómo Europa cruzó el Atlántico, no podemos olvidar que la historia de la Europa moderna –y en especial, de España y Portugal– no se comprende en absoluto si no es mirándola, también, desde América.

A lo largo del libro, pero especialmente en los primeros capítulos, ADELMAN hace gala de su interés por la historia económica dando importancia central a la cuestión del comercio en el siglo XVIII. En efecto, los imperios ibéricos estaban organizados según la premisa mercantilista de que el comercio colonial, entendido como una coordinación de los intereses privados con el bien común, era la clave de la grandeza y riqueza de las metrópolis. Es más, ADELMAN afirma que sin América, sin sus imperios, España y Portugal no podían entenderse a sí mismos en el concierto de las naciones europeas; el fortalecimiento o decadencia de ambos países siempre se forjó desde, con y hacia América.

Por otra parte, ADELMAN presta gran atención al tema de la esclavitud y su relación con el comercio, la economía y las políticas imperiales, especialmente en el Brasil. A lo largo del siglo XVIII, el mercado de esclavos africanos fue creciendo paulatinamente entre América y África, otorgando una creciente autonomía financiera a las casas comerciales de Río de Janeiro, Buenos Aires, Caracas y Cartagena de Indias. Así, mientras el discurso seguía siendo mercantilista –el comercio como la fuente de bienestar para las metrópolis–, los mercados americanos fueron apartándose de la dependencia de Europa: “*a world made by empire but autonomous from imperial authority*” (p. 83), lo cual se vio incrementado por la insignificancia militar de Portugal y España frente a las marinas británica y francesa, que con cada guerra interrumpían el tráfico comercial impunemente. Es más, las guerras revolucionarias en Europa, que casi cortaron completamente el triángulo comercial entre las metrópolis ibéricas, América y África, hicieron del mercado de esclavos el primer sector de “comercio libre” que hubo en el Atlántico. Así, hacia 1800 las colonias ya no necesitaban el capital metropolitano –más bien al contrario, los reinos peninsulares contaban cada vez con más urgencia con los impuestos y recaudaciones coloniales–, pero dependían más y más en la esclavitud.

Vinculados por un sistema de alianzas terriblemente perjudicial durante las guerras revolucionarias y napoleónicas, Portugal y España dependieron casi totalmente de sus colonias para poder defenderse, viéndose forzados a pedir dinero a los comerciantes coloniales para financiar las campañas. Por primera vez en la historia, y viéndose en situación de poder, los americanos empezaron a hablar de que el bien del Imperio –tanto español como portugués– ya no se identificaba tan claramente con el bien de la Península, una idea que cobraba fuerza a medida que los comerciantes se convencían

de que las metrópolis eran incapaces de dar garantías de pago de los préstamos que pedían. Es decir, mientras que se mantuvo la lealtad al Rey, los intereses propiamente americanos empezaron a perfilarse y a querer participar de la toma de decisiones acerca del futuro de cada imperio.

ADELMAN afirma que el impulso que llevó a la independencia de América Latina no provino necesariamente de profecías y sueños liberales. El crecimiento del comercio obligaba a armonizar los intereses imperiales con los de las colonias, y esto se manifestó en las réplicas de los comerciantes americanos a las peticiones de dinero desde la Península. Lo que se decía desde América no era tanto “queremos autogobierno”, cuanto “queremos participar más en esta empresa común”. Es decir, ante la incapacidad creciente de España y Portugal de defender sus colonias, los comerciantes y aristócratas coloniales empezaron a verse a sí mismos como los que se iban a tener que encargar de sacudir a cada imperio y sacarlo del letargo.

Así las cosas, tras la coronación de José Bonaparte como rey de España, los americanos se lanzaron ante la oportunidad de, en nombre del legítimo rey, alcanzar una posición igualitaria para las provincias de América en el esquema de la Corona española, y fueron surgiendo las famosas Juntas de Gobierno (de las cuales la primera —el así llamado “Primer Grito de la Independencia”— se formó en Quito el 10 de agosto de 1809). Durante las Cortes de Cádiz los delegados de la “España americana” —que no la “América española”— propusieron que las provincias de América tuvieran igualdad de representación y que se concediera la igualdad cívica a los indios y a los negros libres, pero la mayoría peninsular rechazó esta propuesta, que en retrospectiva no puede parecer más que totalmente razonable. Fue entonces cuando, por primera vez, los americanos empezaron a pensar que no eran los *gobernantes* españoles de turno los que actuaban injustamente, sino la misma “España”, que no podía dejar de tratar despóticamente a América. Este rechazo, que, ante la situación penosa de España, su dependencia financiera de América y el afán conciliador de los americanos, me parece históricamente absurdo, parece explicarse por una mentalidad que Carl SCHMITT explicó muy bien en su *Nomos de la tierra*. En efecto, la configuración jurídica del espacio había partido, desde 1492, de la premisa de que existe una diferencia radical entre “Europa” y “no Europa”, o dicho de otro modo, que las normas, autoridades y privilegios del viejo mundo no podían extenderse a América sin que Europa perdiese su estatus de “descubridora”.

Por su parte, la corte portuguesa había huido al Brasil, afirmando no solamente la dependencia casi total de Portugal respecto del comercio brasileño, sino también la incapacidad absoluta de la metrópolis de proteger sus intereses transatlánticos. Así, ambos Imperios empezaron a desintegrarse desde las guerras del siglo XVIII con la progresiva pérdida de dominio del mar y la creciente influencia del comercio británico en América. Las guerras napoleónicas manifestaron la dependencia financiera de la Península respec-

to de América, lo cual a su vez incitó en las colonias el sentimiento de que las metrópolis ya no estaban bien situadas para defender los verdaderos intereses de "España" y "Portugal", o por lo menos que no podían hacerlo sin contar con los "españoles" y "portugueses" que vivían al otro lado del mar.

En el caso de España, la guerra con Francia y el posterior rechazo total de Cádiz a las peticiones americanas se sumaron para que lo que de hecho ya había sido una situación de autogobierno efectivo desde la invasión se soltara totalmente, como consecuencia de la incapacidad total de una España pobre y reaccionaria para retener y gobernar su Imperio contando con su lealtad. En el caso de Portugal, simplemente fue un proceso casi natural en el que la insignificancia de la metrópolis frente a su colonia dio lugar, casi sin conflicto, a la independencia.

La interesante conclusión de ADELMAN, sin embargo, es que tanto en la América española como en el Brasil, "España" y "Portugal" jamás dejaron de ser el centro de la identidad nacional de las colonias. Esta es la suposición fundamental que ADELMAN quiere refutar; dicho en sus palabras: se debe cuestionar la idea de que "*nations matured within colonial molds and challenged archaic imperial structures in favor of new ones*" (p. 344). Los colonos, incluso los rebeldes de las primeras Juntas de Gobierno, se sentían efectivamente españoles, no "colombianos" o "ecuatorianos" o "argentinos" en potencia. Sólo cuando Fernando VII, incapaz de comprender la magnitud del problema, se contentó con derogar la Constitución de Cádiz y enviar miles de tropas para aplastar a los rebeldes, los americanos se sintieron en la necesidad de defender su libertad, esta vez fuera de la Corona. Esta segunda fase de la revolución, los años de Bolívar, San Martín, Sucre y Santander, fue la épica, pero no fue lo que inicialmente se previó, ni siquiera si se mira a las declaraciones de los americanos pocos años antes.

La propuesta inteligente —aunque por lo demás, bastante obvia— de ADELMAN es que miremos cada paso de la revolución como si no supiésemos cómo acabó, como si leyésemos una novela nueva. Sólo entonces es posible captar la tesis central del libro, que el autor expone claramente en la conclusión: "*colonists in Spanish and Portuguese possessions in the Americas did not rise up against decadent empires because they imagined a newer, more virtuous model of sovereignty and thereby created a revolution that brought down the ancien régime. The downfall occurred when the pacts and principles governing empire collapsed in the imperial cores to disclose the originary structures of political order*" (p. 395). Es decir, para ADELMAN las revoluciones latinoamericanas no son comparables a la americana y a la francesa porque no nacieron de un principio inspirador, de un ideal previo de nación y de libertad que, estando latente en la época colonial, pudiera cristalizar con la independencia. No está claro, por tanto, si la revolución fue la causa de la caída de los imperios ibéricos o más bien su consecuencia.

Esta tesis explica muy bien, además, por qué muchos sectores de Améri-

ca fueron incapaces de mantenerse unidos después de la Independencia. En efecto, si la teoría de ADELMAN es cierta, parece lógico que tras haberse manifestado como necesarias para su metrópolis, haber exigido igualdad sin éxito y haber sido atacadas por un rey reaccionario, las provincias de América hayan sucumbido ante el ímpetu o inercia de la revolución. La guerra de independencia fue una fuerza que inmediatamente se salió de las manos, justamente porque nunca estuvo "latente", sino que fue el resultado del colapso de los pactos y estructuras de un imperio moribundo.

Esta postura, más que discutible desde luego, es sumamente sugerente, sobre todo porque pone de manifiesto dos puntos centrales: en primer lugar, la lucha por la identidad real de América Latina, como distinta de una identidad española o portuguesa, fue una lucha que comenzó *después* de la Independencia, y eso ayuda a entender muchísimo de lo que ha sucedido desde entonces. En segundo lugar, la misma historia e identidad de España y de Portugal desde el siglo XVI, aparentemente encorsetadas en los "asuntos europeos" de cada momento, no parecen siquiera inteligibles si no empezamos a captarlas mirando a América, más incluso de lo que miramos a Europa.

La tesis es, como se ve, novedosa. Es lo que los norteamericanos llaman "*food for thought*", da qué pensar. Sin embargo, no puedo dejar de mencionar que el libro está lleno de detalles históricos que no parecen tener mucho que ver con la idea central del autor, lo cual hace la lectura más que tediosa en algunos capítulos. Sin perjuicio de lo que dije al inicio de esta recensión, que es un comentario que aplico al libro en su conjunto, el autor no parece capaz de integrar las referencias históricas puntuales que va haciendo con una reflexión mayor. Así, la historia y las tesis del autor ocupan distintos capítulos, haciendo difícil entender la relación entre ambas, o la necesidad de incluir tanta minucia. Todo ello no obsta para que el libro acabe siendo una provocación interesante, especialmente a la hora de pensar acerca del carácter latinoamericano, con miras al futuro.

Como recuerda ADELMAN en su epílogo, parte importante de las lecciones históricas que nos legó la Independencia latinoamericana es lo nefasta que resultó la idea de que el Estado y la soberanía son inseparables para un pueblo que busca ser libre; o dicho de otro modo, la proposición de que sin soberanía –sin Estado– no hay verdadera libertad. Esta lección no se refiere tanto a la Independencia en sí, sino a la fragmentación terrible que se produjo después. Cada rincón de América decía querer ser "libre", y sacrificaron así, casi frívolamente, el gran sueño de Bolívar por una multiplicación de pequeñeces. Bolívar y los demás libertadores sabían que el pueblo americano no era un pueblo capaz de vivir en libertad, que necesitaba que se le *enseñase* a ser libre, algo que ya nos recuerda lo que alguna vez fue el impulso central de la filosofía política con SÓCRATES. No podía haber unidad ni libertad porque estos no fueron los ideales que "inspiraron" la revolución. Es más, no está tan claro si la revolución tuvo, siquiera, inspiración alguna, o si,

como afirma ADELMAN, fue simplemente el resultado de muchas coincidencias. En cualquier caso, el resultado, si se quiere, algo trágico, es que hubo una época en la que América Latina pudo haber sido donde cristalizara de nuevo el sueño de una política ligada al "crecimiento moral del hombre". El ímpetu salvaje de una guerra sin dirección y la ambición de muchos hombres mezquinos no lo permitió, pero quizá la lección más extraordinaria del espíritu latinoamericano que surgió tras 1809 es, precisamente, que América Latina está aún "por hacer". Y eso, desde todo punto de vista, es el signo no sólo de la esperanza, sino de la promesa.

Pedro José Izquierdo

Universidad de Navarra