

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

ENERO - MARZO 2006



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 57, enero-marzo 2006

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-72/92

Impreso en España - *Printed in Spain*

Gráficas Minaya, S.A., C/ Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

Consejo de Redacción:

Presidente: D. Antonio Rodríguez Adrados

Director: D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña

Secretario: D. Juan-Francisco Delgado de Miguel

Consejeros:

D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Álvarez
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

Tel. 913 087 232

Fax 913 087 053

revistajuridica@notariado.org

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES	<u>Pág.</u>
AGUILAR RUIZ, Leonor y HORNERO MÉNDEZ, César: “Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial”	9
CASADO CASADO, Belén: “La responsabilidad legal de los administradores de las sociedades de capital, ¿un supuesto de sanción privada?”	45
CUENCA ANAYA, Francisco: “Competencia leal y desleal”	127
FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel: “La adopción internacional. Especial referencia a la adopción en China”	143
IRURZUN GOICOA, Domingo: “Lo que el Registro publica, ¿para qué lo publica?”	157
ROMERO-GIRÓN DELEITO, Juan: “El nuevo artículo 831 CC. La fiducia sucesoria. Una aplicación práctica”	221
SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. ^a Paz: “Consecuencias económicas de la crisis matrimonial tras la Ley 15/2005 (de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio)”	233
YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: “La querella por alzamiento de bienes, o la acción pauliana revestida de amenaza”	265

INFORMACIÓN Y ESTUDIOS DE DERECHO FISCAL

MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: “Notas sobre la Ley de Presupuestos Generales del Estado (Ley 30/2005, de 29 de diciembre) y la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas de las Illes Balears”	291
--	-----

PRÁCTICA NOTARIAL

GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: “La donación con reserva de la facultad de disponer y con cláusula de reversión. Un apunte fiscal”	309
---	-----

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

“Bibliografía italiana sobre Derecho comparado en el siglo xxi”. Por Gabriel García Cantero	321
---	-----

INFORMACIÓN INTERNACIONAL

1. ^{er} Congreso de Notarios de la Unión Europea, Roma, 10 y 11 de noviembre de 2005	363
18. Jornadas Europeas de Notarios, Salzburgo, 20 y 21 de abril de 2006 .	365

LOS PACTOS CONYUGALES DE RENUNCIA A LA PENSIÓN COMPENSATORIA: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y CONTROL JUDICIAL

LEONOR AGUILAR RUIZ

CÉSAR HORNERO MÉNDEZ (*)

Doctores en Derecho.

Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

SUMARIO: **I.** PLANTEAMIENTO: EL ALCANCE DE LA DISPONIBILIDAD DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA. **II.** LÍMITES AL PODER DE AUTORREGULACIÓN DE LOS CÓNYUGES. **1.** Límites genéricos a la autonomía privada: artículo 1.255 CC. **2.** Límites de contenido derivados de los principios rectores del sistema matrimonial vigente. **2.1.** *Acuerdos contrarios al principio de igualdad entre los cónyuges.* **2.2.** *El posible perjuicio a terceros del pacto de renuncia.* **3.** La naturaleza contractual del pacto de renuncia. **3.1.** *El control judicial sobre los elementos esenciales del acuerdo matrimonial.* **3.2.** *La aplicación de la teoría del negocio jurídico: alteración de las bases del acuerdo de renuncia y función reequilibradora del juez.* **III.** CONCLUSIÓN: EL CONTROL JUDICIAL SOBRE LOS PACTOS DE RENUNCIA.

(*) Miembro del Proyecto de Investigación MEC SEJ2004-08192: "El Derecho de familia ante el siglo XXI: perspectiva de cambio y evolución".

I. Planteamiento: el alcance de la disponibilidad de la pensión compensatoria

El trabajo que planteamos parte de una *certeza* o, si se prefiere, del alcance real de una certeza. La certeza a la que nos referimos se sitúa en el ámbito de las *soluciones* que ofrece nuestro ordenamiento a las situaciones de crisis matrimonial. En concreto, concierne a la pensión compensatoria por desequilibrio económico que en beneficio de uno de los cónyuges previene el artículo 97 del Código Civil (precepto recientemente reformado por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio) (1). La formulación de la certeza es muy sencilla: esta pensión tiene naturaleza disponible y, por tanto, los cónyuges pueden renunciar a la misma. El carácter *cierto* de esta afirmación tiene su respaldo en el hecho de ser aceptada de forma casi unánime por la jurisprudencia y por nuestra doctrina más recientes (2).

Cabe pensar que el acuerdo existente en la doctrina tendría su funda-

(1) Esta ley, conocida básicamente por la nueva regulación que supone para la separación y sobre todo para el divorcio –en el sentido de que transcurridos tres meses bastará la sola voluntad de uno de los cónyuges de no continuar con el matrimonio para obtener uno u otro (cfr. arts. 81 y 86 CC)–, ha otorgado una nueva redacción al artículo 97 CC, en la que se han introducido, básicamente, dos novedades. De un lado, el que se hable del “derecho a una compensación” cuando la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro cónyuge, en la medida en que suponga un empeoramiento respecto de su situación anterior al matrimonio. En nuestra opinión, su calificación como “compensación” consagra definitivamente el carácter básicamente indemnizatorio de la pensión. De otro, y quizá sea lo más significativo, el precepto recoge la posibilidad de que la pensión pueda hacerse efectiva mediante “una pensión temporal o por tiempo indefinido”, o bien “en una prestación única”, es decir, a tanto alzado. El legislador ha introducido una alternativa que venía dándose en la práctica habitualmente y a la que debe reconocérsele la virtud de la coherencia. Coherencia, en primer lugar, con el generalizado aumento de la autonomía de voluntad de los cónyuges –eso sí, siempre sometido a control judicial–, y coherencia, en segundo lugar, con una concepción de las instituciones de crisis matrimonial y de su articulación judicial en la que se tiende a la desvinculación definitiva de los cónyuges, en el sentido de que la pensión compensatoria no suponga un nuevo vínculo entre ellos, una vez desaparecido el vínculo principal (el matrimonial). Sobre la reforma en general, véanse los comentarios de *urgencia*, toda vía sobre el proyecto de ley, de LASARTE ÁLVAREZ, C.: “Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 655/2005, CARRASCO PEREIRA, A.: “Divorcios rápidos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 642/2004, y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Separación y divorcio”, *Aranzadi Civil*, 2004, número 13.

(2) El acuerdo en la doctrina sobre esta cuestión es claro. Existen, no obstante, algunos ilustres discrepantes, como PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (*Derecho de Familia*, Universidad Complutense, Madrid, 1989, p. 129) o GARCÍA CANTERO, G. (lo manifiesta en varios sitios; valga por todos *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, volumen I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 433 a 438), si bien, como señala ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, 2.ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 136, se trataría de opiniones *formadas* con antelación a la definitiva STS 2 diciembre 1987.

mento en la *concluyente* STS 2 diciembre 1987, una resolución que otorga tintes *definitivos* a la cuestión (3). Ésta, que tiene su origen en la interposición de un recurso en interés de ley, parte de la naturaleza dispositiva del proceso civil —puesta de manifiesto básicamente a través del principio de rogación—, una de cuyas consecuencias es la limitación decisoria que en las materias discutidas se derivan para el órgano jurisdiccional. Estas limitaciones, señala la sentencia, son evidentes cuando se trata de

(3) Por su interés, transcribimos el fundamento de derecho segundo de la sentencia: “A) Desde un punto de vista puramente procesal, puede afirmarse que el proceso civil tiene como finalidad la actuación del ordenamiento jurídico privado; impera el principio dispositivo, en el que ha de integrarse el de rogación, y la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional, su iniciación, no se produce de oficio, sino que aparece entregada al titular del derecho sustantivo, que puede ejercitarlo o no en juicio, siendo libre incluso para renunciarlo o desistirse de la acción entablada, delimitando su libérrima voluntad el estricto contenido del proceso, que ha de versar sobre lo por él querido, con los límites por él señalados, de tal manera que la sentencia que ponga fin al procedimiento ni puede dar más, ni cosa distinta a aquella pedida en la demanda, en congruencia también con las pretensiones del demandado, a nada de lo cual se opone que en el proceso matrimonial convivan con este elemento dispositivo otros de *ius cogens* derivados de la especial naturaleza del derecho de familia, ni que la congruencia se produzca sin conformidad rígida y literal con los pedimentos expresados en los súplicas de los escritos de las partes, porque cuando no existe petición expresa de un derecho facultativo o dispositivo y éste tampoco se desprende de la *causa petendi*, el órgano jurisdiccional ha de sujetarse a lo solicitado, lo que ocurre en el aspecto puramente económico afectante a los cónyuges y no a los descendientes menores de edad. B) Ni en las medidas provisionales anteriores a la demanda de separación o divorcio (art. 104 del CC), ni en las coetáneas al procedimiento, cuando no existe convenio regulador entre las partes (arts. 102 y 103), ni en las medidas definitivas a adoptar por el juez, a que se refiere el artículo 91, figura la *pensión compensatoria*; si, pues, la ley no autoriza al juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil (desequilibrio en relación con la posición del otro, empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio), es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto a los cuales sí se refiere la función tuitiva, todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos, si se cumplen los requisitos legales, como derecho concurrente (arts. 142 y siguientes). C) Hay, pues, un derecho subjetivo, una situación de poder concreto, entregada al árbitro de la parte, que puede hacerlo valer o no, sin que deba intervenir en tal aspecto y de modo coactivo el poder público, al no afectar al sostenimiento de la familia, ni a la educación o alimentación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio, salvaguardadas por otros preceptos; se pretende sólo mantener un equilibrio y que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía en el matrimonio. D) Y que esto es así en la normativa vigente se desprende de la proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso (*Boletín de las Cortes Generales* de 20 de septiembre de 1985), sobre modificación de determinados artículos del Código Civil, en relación con la Ley 30/1981, entre ellos el artículo 91, para que el juez, en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en período de ejecución de las mismas, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del convenio, determine las mismas medidas que contempla actualmente el precepto más «la pensión del artículo 97». Si aún no se ha aprobado la modificación pretendida, es claro que ni rige, ni puede el juez, en el estado actual de la ley adoptar de oficio tal medida”.

un derecho facultativo o dispositivo, calificación que hay que asignar a la pensión compensatoria ex artículo 97 CC, respecto de la cual el juez no puede actuar de oficio concediéndola, siendo competencia únicamente de las partes incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento. La conclusión es contundente: el artículo 97 CC es una norma de Derecho dispositivo, no de Derecho imperativo, en el sentido de que la pensión compensatoria puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer, y que la misma no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no concernir o ser relativa a los hijos (4).

A lo que no se refiere esta sentencia –ni otras posteriores sobre la pensión compensatoria (5)– es a la cuestión de si son posibles y efectivos los pactos de renuncia previa a ésta. Es decir, a si es admisible que los cónyuges (o, por qué no, quienes van a convertirse en cónyuges) renuncien a la pensión por desequilibrio económico que pudiera corresponderles en una eventual crisis matrimonial. La certeza a la que aludimos sobre el carácter disponible y renunciable de la pensión compensatoria no alcanza para despejar la duda sobre esta cuestión (6).

(4) Las consecuencias de esta sentencia para la doctrina posterior son fácilmente perceptibles. MONTERO AROCA, J.: *La pensión compensatoria en la separación y en el divorcio (La aplicación práctica de los artículos 97, 99, 100 y 101 del Código Civil)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 40, señala que a partir de esta resolución “los demás tribunales ordinarios no han dudado del carácter de norma dispositiva del artículo 97 del CC, y consiguientemente, han reiterado que el proceso en el que se debate sobre la pensión compensatoria es plenamente dispositivo”.

(5) Entre la jurisprudencia más reciente en materia de pensión compensatoria merece destacarse un reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo, que si bien no afecta directamente al tema central de este trabajo, sí aporta una doctrina novedosa respecto a otro de los aspectos fundamentales de esta prestación, la de su duración temporal. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2005 (reiterada después por otra de 28 de abril de 2005) sienta como doctrina jurisprudencial la posibilidad de establecer una duración limitada de la pensión compensatoria, siempre que la temporalidad cumpla adecuadamente la función reequilibradora “que constituye la finalidad –la *ratio*– de la norma, pues no cabe desconocer que en numerosos supuestos la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia”. Sobre esta importante sentencia véase CABEZUELO ARENAS, A. L.: “El Tribunal Supremo admite la limitación temporal de la pensión compensatoria”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 671, 2005; y DE LA IGLESIA PRADOS, E.: “La duración temporal de la pensión compensatoria (Comentario a la STS de 10 de febrero de 2005 [RJ 2005, 1133])”, *Revista de Derecho Patrimonial*, número 15, 2005-2, pp. 277-284.

(6) Acerca del alcance de la disponibilidad sobre la pensión compensatoria hay que decir que el hecho de los recientes *Principles of European Family Law regarding Divorce and Maintenance between Former Spouses*, elaborados por la Comisión on European Family Law (CEFL), se hayan limitado en el *Principle 2:10: Maintenance agreement* a establecer la posibilidad del acuerdo de una forma muy genérica, sería demostrativo del hecho de que se trata de una cuestión nada pacífica y clara. En concreto, el *Principle 2:10* dispone lo siguiente: “(1) Spouses should be permitted to make an agreement about maintenance after divorce. The agreement may concern the extent, performance, duration and termination of the maintenance obligation

Y es que se trata de una cuestión interesante aunque sólo fuese por la atención que se le ha prestado últimamente por parte de nuestra doctrina (7), justificada quizá por las importantes cuestiones que se encuentran en el fondo del asunto. En efecto, hay que desmentir la percepción que pudiera tenerse de que se trata de una cuestión muy puntual, excesivamente circunscrita a un aspecto específico de las situaciones de crisis matrimonial. Una vez más, una cuestión de apariencia menor se ofrece como un estupendo mirador desde el que otear algunos de los aspectos de mayor calado de nuestro Derecho de familia.

En este sentido, en primer lugar, lo primero que asoma es la cuestión ya tradicional (y no resuelta) del juego que desenvuelve la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de familia. Éste, como sabemos, se ha caracterizado tradicionalmente por la *indisponibilidad* y la *reciprocidad* de los derechos y deberes familiares, así como por la *imperatividad* de la mayoría de sus normas. En efecto, cuando se estudian los caracteres del Derecho de familia suele destacarse siempre que la autonomía privada tiene un ámbito limitado, dado el carácter mayoritariamente imperativo de las normas que lo integran. A pesar de ello, por lo que se refiere a nuestro ordenamiento jurídico, la reforma del CC de 7 de julio de 1981 supuso claramente una ampliación de la autonomía privada en el ámbito familiar, sobre todo, como se ha apuntado, en los llamados procesos consensuales, especialmente a través de la figura del convenio regulador que

and the possible renouncement of the claim to maintenance. (2) Such an agreement should be writing. (3) Notwithstanding paragraph 1, the competent authority should at least scrutinise the validity of the maintenance agreement". En el breve comentario que acompaña a la publicación de estos principios (*Principles of European Family Law regarding Divorce and Maintenance between Former Spouses*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2004), se señala, como posible contenido de estos acuerdos, que "the spouses can both renounce the maintenance claim", dejando claro a continuación que su alcance es una cuestión propia del Derecho de cada país: "The spouses should be free to decide that no maintenance will be paid at all. This can provide a «clean break» if both spouses are employed or have enough income to be self-sufficient. The question whether renouncement really means that the spouse cannot resort to the competent authority at a later date, despite the agreement renouncing the maintenance claim, in order to claim maintenance is a question of national law with Principle 2:10 does not intend to solve" (p. 132).

(7) La importancia de este tema puede verificarse en *European Family Law in Action. Volume II: Maintenance between Former Spouses*, BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B., SUMNER, I. (ed.), Intersentia, Antwerpen – Oxford – New York, 2003, trabajo concebido como una macroencuesta de Derecho comparado a partir de veintidós ordenamientos jurídicos europeos. En concreto, la "Question 102" se referiría expresamente a este tipo de pactos: "May the spouses (before or after the divorce or during the divorce proceedings) enter into binding agreements on maintenance in the case of (an eventual) divorce?", insistiendo sobre ello en las siguientes cuestiones: 103 ("May a spouse agree to renounce his or her future right to maintenance? If so, are there limits on that agreement's validity?"), 104 ("Is there a prescribed form for such agreements?") y 105 ("Do such agreements need the approval of a competent authority?"). Por lo que se refiere al Derecho español, las respuestas al cuestionario han sido elaboradas por MARTÍN CASALS, M.; RIBOT IGUALADA, J., y SOLÉ FELIÚ, J., pp. 469-474.

permite a los cónyuges autorregular las consecuencias de su nulidad, separación o divorcio (8). Éste y otros datos rinden indiscutible, por tanto, el reconocimiento de la autonomía privada en el ámbito del Derecho de familia, si bien debe reconocérsele su carácter secundario y, sobre todo, limitado (9).

La autonomía de la voluntad en el Derecho de familia existe, pero más que un problema de afirmación es una cuestión de límites: de cuáles son los límites que no pueden sobrepasarse –lo que no debe ser sorprendente, ya que éste sería, nos parece, *el* problema de la autonomía de la voluntad–. En consecuencia, nadie (o casi nadie) discute la introducción de la autonomía de la voluntad en nuestro Derecho de familia a partir de 1981. La cuestión es hasta dónde llega ésta. La disponibilidad sobre la pensión compensatoria y, en concreto, la posible renuncia previa a la misma es un buen banco de pruebas para constatar el alcance real de esta

(8) En concreto, sobre el convenio regulador como manifestación de la autonomía de la voluntad, Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil. Volumen IV. Derecho de familia. Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 132, mantienen que éste supone “el reconocimiento de un ámbito importante de actuación de la autonomía privada en la ordenación de la materia, idea que es coherente con la tendencia a la privatización del Derecho de familia y con el reconocimiento de la realidad de que nadie mejor que los interesados para crear entre ellos su propia normativa”. Antes, en cuanto al alcance de esta posibilidad de autorregularse, ofrecida a los cónyuges a partir de la reforma del CC de 1981, señalaba Díez-PICAZO, L.: *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 93, que “el poder que se reconoce a la voluntad de las partes no es consecuencia de un desinterés o abandono de las situaciones reguladas por parte del legislador. Lejos de ello, nos parece que se trata simplemente de reconocer que los que están más cerca de los problemas pueden regularlos mejor que aquellos otros que, distanciados, sólo podrían formular un juicio demasiado abstracto”. Más allá de este aspecto indiciario y específico [acerca del poder de los cónyuges sobre el convenio regulador, véase TORRERO MUÑOZ, M.: “Comentario Resolución DGRN de 5 de enero de 2003 (RJ 2003, 2268)”, CCJC, 2003, núm. 63, pp. 673-680], Díez-PICAZO ha destacado por su preocupación hacia esta reconsideración general del Derecho de familia, como consecuencia de las reformas preconstitucionales (Ley de 2 de mayo de 1975) y sobre todo posconstitucionales experimentadas por éste, subrayando el papel de la CE de 1978 como nuevo punto de referencia de la autonomía de la voluntad, una autonomía de la voluntad que alcanzaría hasta el ámbito familiar. Sobre la cuestión, véanse últimamente los interesantes planteamientos de ROCA I TRIAS, E.: *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, esp. pp. 61 a 86.

(9) Siempre penetrante, sobre la evolución del Derecho de familia en este sentido, véase RESCIGNO, P.: “Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio”, *Famiglia. Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 3, maggio-giugno 2004, pp. 437-452 (antes, del mismo autor, “Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma”, en *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Giappichelli Editore, Torino, 2000, pp. 1-11, donde dedica expresamente un epígrafe a “Autonomía negóciale e diritto familiare. Convenzioni, accordi, patti, con particolare riguardo ai rapporti patrimoniali; l'ipotesi di stipulazione prima del matrimonio”). Igualmente, véase AULETTA, T.: “Dal Code Civil del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia”, *Famiglia. Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 3, maggio-giugno 2005, pp. 405-435, que considera precisamente a la autonomía privada como uno de los elementos sobre los que ha pivotado el itinerario contemporáneo del Derecho de familia.

autonomía de la voluntad o, al menos, de cómo se controla hoy día su ejercicio por parte de los órganos jurisdiccionales.

En segundo lugar, otra cuestión que se sitúa también al fondo de la que nos ocupa y que no debe despreciarse es la evolución sociológica que está experimentando la institución matrimonial (con indudables repercusiones jurídicas), en el seno o como integrante de una evolución mayor, la de la familia en su conjunto. Si no se tiene en cuenta esta doble evolución –para cuya demostración hay indicios sobrados: sin ir más lejos el hecho que desde julio puedan contraer matrimonio en nuestro país personas del mismo sexo (10)–, puede chocar el planteamiento siquiera de que un derecho reconocido a los cónyuges, como es el acceso a una pensión compensatoria por el perjuicio económico que les acarrea la separación o el divorcio, pueda ser renunciable (11). En concreto, la evolución del ma-

(10) Efectivamente, como resulta archisabido, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, ha introducido la posibilidad de que los contrayentes puedan ser del mismo sexo. Se trata, a qué dudarlo, de una importante novedad, no sólo legislativa, sino sociológica. El debate en torno a esta reforma del CC no ha sido, como era previsible, sólo técnico-jurídico. Es más, puede afirmarse que éste ha sido el menos cuidado (incluso en sede parlamentaria). Las dudas sobre la constitucionalidad de esta reforma frente a lo establecido en el artículo 32 CE persisten y han llevado al Partido Popular a interponer un recurso de inconstitucionalidad y a varios jueces encargados del Registro Civil sendas cuestiones de inconstitucionalidad. Además del texto completo de los Dictámenes sobre el entonces Proyecto de Ley emitidos por el Consejo de Estado (16 de diciembre de 2004) y el Consejo General del Poder Judicial (26 de enero de 2005), resultan de interés los trabajos de PÉREZ CÁNOVAS, N.: “La crisis del estado heterosexual: del derecho a la vida privada al derecho a la vida familiar de las parejas homosexuales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, número 4, 2001, pp. 63-98; GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004. Tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, y entre los primeros comentarios a la misma, RAMOS CHAPARRO, E.: “Objeciones jurídico-civiles a las reformas del matrimonio”, *Actualidad Civil*, número 1, 2005, p. 1168; VALLADARES RASCÓN, E.: “El derecho a contraer matrimonio y la Constitución”, *Reseñas de jurisprudencia Aranzadi* (BIB 2005, 1388), y SERRANO ALONSO, E.: *El Nuevo Matrimonio Civil. Estudio de las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, de Reforma del Código Civil*, Edisofer, Madrid, 2005.

(11) Esta evolución de la familia y del matrimonio como justificación de fondo ha sido apuntada acertadamente por PASTOR VITA, F. J.: “La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales”, *RDF*, 2003, pp. 26 y 27. Sobre la evolución experimentada por la institución matrimonial, véase ROCA I TRÍAS: *Familia y cambio social*, cit., esp. pp. 87 a 135. Últimamente, véase GONZÁLEZ PORRAS, J. M.: “El matrimonio y la familia en la sociedad actual”, *RDP*, 2003, pp. 147-165, y dos interesantes trabajos de VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R.: “Otras miradas sobre la familia. Las familias y sus funciones”, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, tomo II, Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, Murcia, 2004, pp. 4915-4954, y “La encrucijada de la familia: entre la realidad social y el Derecho”, *Revista de Derecho comparado*, 2004, número 9, *Derecho de Familia-I*, pp. 89-120. En la doctrina italiana, véase SCALISI, A.: “La famiglia nella cultura del nostro tempo”, *Il diritto di famiglia e delle persone*, volumen XXXI, aprile-settembre 2002, pp. 701-724, y FORTINO, M.: *Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole*, Giuffrè Editore, 2.ª edizione, Milano, 2004, esp. pp. 3-46.

trimonio se percibe en el hecho de que éste ya no ostenta en exclusividad la cualidad de institución *creadora* de la familia, a pesar de la importancia significativa que sigue teniendo desde el punto de vista social, cultural o religioso. Nuestro ordenamiento jurídico, que poco a poco va dando entrada a otras alternativas al matrimonio, sigue siendo reflejo de ello y dedica al matrimonio una amplia regulación legal. Obviamente, todo ello tiene su repercusión sobre el mismo concepto de familia (12).

El hecho de encontrarnos inmersos en un período de cambios respecto de la familia y el matrimonio ampara de algún modo el planteamiento de cuestiones como la posibilidad de que pueda renunciarse, incluso con carácter previo, a la pensión compensatoria. En una percepción del matrimonio más intervenida desde el punto de vista legal, en la que se potencia el control de los poderes públicos y de los órganos jurisdiccionales sobre la familia, un acuerdo de este tipo puede resultar extravagante. En una familia más abierta, caracterizada por el poder de autorregulación de los cónyuges, no lo es tanto (13).

A esta importancia del *fondo* de la cuestión debe añadirse el interés que la misma ha suscitado recientemente en nuestra doctrina. Ello se demuestra en los recientes trabajos que la abordan directamente. Además del ya citado de PASTOR VITA (“La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales”), se ocupan de ella GARCÍA RUBIO (“Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil”, ADC, 2003, pp. 1653-1673), EGEA FERNÁNDEZ (“Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*,

(12) Una familia que, como la ha caracterizado recientemente y de forma muy colorista la historiadora francesa ROUDINESCO, Elisabeth: *La familia en desorden*, Anagrama, Barcelona, 2004, pp. 11 y 12, se encontraría en *desorden*: “Fundada durante siglos en la soberanía divina del padre, la familia occidental se vio, en el siglo XVIII, ante la irrupción de lo femenino. Se transformó, entonces, con la aparición de la burguesía, en una célula biológica que otorgaba un lugar central a la maternidad. El nuevo orden familiar logró poner freno a la amenaza que representaba esa irrupción de lo femenino, a costa del cuestionamiento del antiguo poder patriarcal. A partir de la declinación de éste, cuyo testigo y principal teórico fue Freud al revisar la historia de Edipo y Hamlet, se puso en marcha un proceso de emancipación que permitió a las mujeres afirmar su diferencia, a los niños ser considerados sujetos y a los «invertidos» normalizarse. Ese movimiento generó una angustia y un desorden específicos, ligados al terror por abolición de la diferencia de los sexos y, al final del camino, la perspectiva de una disolución de la familia”.

(13) Específicamente, acerca de los cambios experimentados en la concepción de la pensión compensatoria, desde su introducción en el CC por la Ley de 7 de julio de 1981, véase MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: “Una nueva lectura de la pensión compensatoria desde la perspectiva del enriquecimiento injusto”, RDF, 2004, pp. 21-44. La autora destaca cómo se habría pasado de una situación en la que se daba una cierta inercia en el reconocimiento de la pensión compensatoria sólo a favor de la esposa, de tintes claramente discriminatorios hacia el marido, a plantearse seriamente reconducir la institución a su auténtica razón de ser.

tomo III, Civitas, Madrid, 2003, pp. 4551-4574), y recientemente CABEZUELO ARENAS (“¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?”, *Aranzadi Civil*, febrero 2005, núm. 18, pp. 15-34). Son estudios de distinto alcance y planteamiento, pero que tienen en común un mismo punto de partida: el acuerdo –la certeza, a la que aludíamos al principio– sobre el carácter renunciante de la pensión compensatoria. Que esta renuncia puede tener carácter previo y que el acuerdo entre los cónyuges en ese sentido deba ser respetado por el juez encargado de decidir sobre la separación y el divorcio es la conclusión a la que llegan, eso sí, con distinta intensidad y de forma más o menos clara, los tres primeros autores citados. CABEZUELO ARENAS mantiene, como veremos, una oposición directa a esta posibilidad.

GARCÍA RUBIO es una *veterana* estudiosa de la pensión compensatoria y su problemática (14). En su trabajo, en el que ofrece un interesante recorrido de Derecho comparado, parte de una definición, amplia sin duda, de los que denomina “acuerdos preventivos de la crisis matrimonial” como aquellos “celebrados entre los futuros cónyuges antes de la celebración del matrimonio, donde se contemplan las consecuencias económicas de una posible disolución del vínculo matrimonial”. Como aclara inmediatamente, estos pactos pueden producirse una vez que se ha celebrado el matrimonio, pero antes de que abra la situación de crisis matrimonial. Lo importante, añade, es su carácter *pro futuro* o prospectivo. En general, comparte el juicio positivo que merecen estos acuerdos a muchos autores (15). Estos pactos, señala, pueden contener un acuerdo de los cónyuges, o de los futuros cónyuges, renunciando gratuita u onerosamente “a la pensión que pudiera surgir en su día en atención al desequilibrio económico derivado de la ruptura matrimonial” (16). Su primera conclusión a la posible virtualidad de estos pactos es puramente *teórica*: ni están previstos en el Código Civil ni existe en Derecho español una tradición al respecto, pero su posibilidad –insiste, *teórica*– es incontrovertible, en lo que denomina “el marco de referencia del Código Civil” (17). Su opinión definitiva es clara: “a nuestro juicio el mencionado carácter disponible es igualmente predicable *ex ante*, es decir, en el momento en que, en capitulaciones matrimoniales o en cualquier otro negocio, los cónyuges o futuros cónyuges, en previsión de un eventual divorcio, pactan la renuncia anticipada a

(14) Véanse, de esta autora, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995, y “Comentario Resolución de la DGRN de 10 de noviembre de 1995”, CCJC, 1996, número 41, pp. 565-572.

(15) GARCÍA RUBIO: “Los pactos...”, cit., pp. 1655 a 1658.

(16) GARCÍA RUBIO: “Los pactos...”, cit., p. 1659.

(17) GARCÍA RUBIO: “Los pactos...”, cit., p. 1659.

la pensión compensatoria" (18). Tras analizar los inconvenientes y los que denomina "límites de contenido" que pueden presentar estos pactos, su conclusión final (por ahora, pensamos) resulta un tanto desilusionante y deja cierto regusto de no llegar hasta el fondo de la cuestión (19).

PASTOR VITA es mucho más *categorico* desde el principio de su trabajo hasta el final, desde su planteamiento inicial hasta sus conclusiones. Como él mismo adelanta (20), teóricamente no debe existir ningún impedimento para que los cónyuges regulen, en el ámbito de su propia autonomía privada, sus propios intereses patrimoniales; entre éstos se encuentra la renuncia a la eventual y futura percepción de la pensión compensatoria, de tal modo que nadie podría oponerse "a tal determinación adoptada de manera libre, meditada y deliberada". Parte para ello de establecer previamente lo que considera el fundamento y la naturaleza de la pensión compensatoria. En su opinión, ésta tiene un carácter eminentemente indemnizatorio o resarcitorio de un daño objetivo que es consecuencia de la propia ruptura matrimonial, daño injusto que trae como consecuencia un desequilibrio económico en perjuicio de uno de los cónyuges, lo que no es incompatible con un carácter también compensatorio de dicha pensión (21). Con este planteamiento, y tras despejar las objeciones que se suelen plantear, es terminante al afirmar que "el derecho a la pensión por desequilibrio económico queda extinguido, sin que pueda reproducirse su petición en un ulterior juicio de separación o divorcio, cuando los cónyuges pactan expresamente entre sí no hacerlo valer en un momento posterior, no debiendo olvidarse que la norma que consagra este derecho es

(18) GARCÍA RUBIO: "Los pactos...", cit., pp. 1661 y 1662.

(19) GARCÍA RUBIO: "Los pactos...", cit., p. 1673: "La tesis que aquí mantenemos es que el amplio margen otorgado por nuestro Derecho al poder de autorregulación de los esposos en relación con la institución matrimonial permite, entre otras cosas, la celebración de acuerdos preventivos en los que, con carácter vinculante para los cónyuges o los futuros cónyuges, se pacten las consecuencias patrimoniales de la posible ruptura matrimonial en caso de eventual separación o un posterior divorcio. Entre tales consecuencias estimamos perfectamente lícita aquella cláusula que implica la recíproca renuncia onerosa o gratuita a la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del Código Civil. A partir de ese principio general de admisibilidad, entendemos que asimismo que la perspectiva pública antes aludida permite declarar nulas estas renunciaciones, por existir sombras de licitud bien en el proceso negociador del acuerdo, bien en su contenido. Lo primero puede suceder porque la parte del acuerdo con mayor poder negociador (normalmente el hombre) usa tal poder en la etapa precontractual para satisfacer sus preferencias en detrimento de la otra parte (bajo nuestra concepción, normalmente la mujer). Lo segundo puede darse, bien por violación de los derechos fundamentales de los cónyuges protegidos por el orden público constitucional, bien porque los acuerdos prenupciales perjudiquen a terceros (entre ellos, a los hijos), o incluso por un cambio sobrevenido de las circunstancias lo suficientemente importante como para modificar las bases sobre las que se sustentaba el pacto. El control judicial *ex post* del acuerdo asegura el respeto a esos límites".

(20) PASTOR VITA: "La renuncia...", cit., p. 27.

(21) PASTOR VITA: "La renuncia...", cit., pp. 28 a 36.

dispositiva, por lo que la exclusión de la norma llevada a cabo por los cónyuges, antes o vigente el matrimonio, impide al juez pronunciarse sobre la misma”, a lo que añade de forma igualmente categórica que “las circunstancias sobrevenidas no darán lugar por tanto al nacimiento del derecho a la pensión, con independencia de que acaezca con posterioridad un desequilibrio económico por uno de los cónyuges, ya que éstos acordaron válidamente en su momento no hacer valer ese derecho, cuya naturaleza es exclusivamente resarcitoria, no alimenticia o asistencial” (22).

La aportación de EGEA FERNÁNDEZ a la cuestión es igualmente interesante. Tras referirse brevemente a qué sucede con relación a este tipo de pactos en Estados Unidos o en otros países de nuestro entorno (Italia y Alemania) (23), destaca la situación existente en el Derecho civil catalán que, frente al silencio del Código Civil, sí recoge en el artículo 15.1 de su Código de familia la posibilidad de que los cónyuges o los futuros contrayentes puedan pactar, en capitulaciones matrimoniales, los efectos jurídicos de una posible ruptura (24), si bien, como reconoce inmediatamente, este precepto no disciplina una específica regulación de tales pactos, con lo que continuarían abiertos prácticamente los mismos interrogantes sobre ellos, especialmente los atinentes a su extensión y límites (25). Con este planteamiento, su trabajo discurre, en una constante comparación entre el escaso soporte normativo de este tipo de pactos en el Código Civil y el del Código de familia catalán, a través del análisis de los límites de la autonomía de la voluntad en los pactos sobre la pensión compensatoria hechos en previsión de una ruptura matrimonial y el más específico de los pactos sobre la compensación económica por el trabajo para la casa, en el régimen de separación de bienes. Sus conclusiones sobre la cuestión pueden resumirse del siguiente modo: primero, los pactos en pre-

(22) PASTOR VITA: “La renuncia...”, cit., p. 46.

(23) EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III, Civitas, Madrid, 2003, pp. 4552 a 4556.

(24) El artículo 15.1 del Código de familia dispone: “En los capítulos matrimoniales puede determinarse el régimen económico matrimonial, convenir heredamientos, realizar donaciones y establecer las estipulaciones y pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial”.

(25) EGEA FERNÁNDEZ: “Pensión compensatoria...”, cit., p. 4557. El autor destaca también cómo esta admisibilidad para el Derecho catalán de los pactos en previsión de ruptura matrimonial y, dentro de éstos, de los de renuncia a los derechos derivados de ésta, se habría visto reforzada con la aprobación reciente del Código Civil de Cataluña (2003), cuyo artículo 111.6 establece, con carácter general, el principio de libertad civil, lo que supone, en principio, que sus normas son de naturaleza dispositiva y, por consiguiente, “pueden ser objeto de exclusión voluntaria, de renuncia o de pacto en contra, salvo que expresamente establezcan su imperatividad o que ésta se deduzca necesariamente de su contenido. La exclusión, la renuncia o el pacto no son oponibles a terceros si pueden resultar perjudicados”.

visión de la ruptura matrimonial que pretendan hacerse valer judicialmente, en procesos de separación o de divorcio, deben someterse al control judicial, en la medida en que afectan al convenio regulador, aprobándolos el juez sólo en el caso de que no sean perjudiciales para los hijos o que el renunciante tenga medios suficientes para su sustento; segundo, tanto en los procesos de mutuo acuerdo como en los contenciosos no debe haber inconveniente para integrar estos pactos en el convenio regulador, quedando condicionados a partir de ahí a su aprobación judicial; tercero, el límite a la renuncia previa –y por lo que podría hacerse valer judicialmente en el posterior proceso matrimonial contencioso– estaría en que el cónyuge acreedor se encontrase en situación de necesidad, sin que se llegue a cubrir lo necesario para su sustento por vía de alimentos; esta situación es la que permitiría, concluye, que el “juez, a petición del cónyuge que hubiere renunciado previamente de (*sic*) la pensión compensatoria, llegado el momento de la ruptura, puede fijar una cuantía que cubra las necesidades alimenticias” (26).

Finalmente, CABEZUELO ARENAS es la última autora –de la que tenemos noticia, al menos– que se ha ocupado de la efectividad de los pactos de renuncia previa, siendo su postura, como ya hemos adelantado, absolutamente contraria a éstos. A esta conclusión llega tras describir, en primer lugar, el contexto en el que podrían darse este tipo de renunciaciones; realiza para ello un análisis de la *realidad*, cuando menos discutible en algún punto (27). En segundo lugar, se ocupa de la naturaleza de la pensión compensatoria, de la cual admite, compartiendo la opinión mayoritaria, su naturaleza resarcitoria o reparadora, si bien advierte en ésta, por “el hecho de que las necesidades de uno y otro cónyuge estén previstas en el artículo 97 CC a la hora de determinar la producción del desequilibrio y cifrar el montante de la suma a conceder”, una cierta función alimenticia (28). En tercer lugar, realiza un notable esfuerzo por acumular razones o argumentos para justificar la no admisión de este tipo de pactos, demostrando en algunos de ellos una singular creatividad (29). Las conclusiones generales de lo que supondrían estos pactos de renuncia para la institución matrimonial resultan, cuando menos, un tanto *apocalípticas*:

(26) EGEA FERNÁNDEZ: “Pensión compensatoria...”, cit., pp. 4572 y 4573.

(27) CABEZUELO ARENAS: “¿Es válida la renuncia...?”, cit., pp. 17 a 19.

(28) CABEZUELO ARENAS: “¿Es válida la renuncia...?”, cit., p. 20.

(29) CABEZUELO ARENAS: “¿Es válida la renuncia...?”, cit., pp. 21 a 24. A modo de muestra de esta imaginación aplicada: “La renuncia en materia de pensión compensatoria podría llegar a comprometer, a nuestro juicio, el derecho a poner fin a una convivencia no deseada, solicitando el divorcio o la separación cuando hubiese causa en la que basar estas medidas, ante el temor de sufrir las graves consecuencias que se derivarían, en el terreno económico, para el demandante”.

“lo que deseamos expresar es que comportamientos que atentan deliberadamente contra la esencia del matrimonio, pueden verse auspiciados indirectamente mediante estas fórmulas, y ello sin que la otra parte llegue a ser consciente o, al menos, sin que pueda defenderse”, o “¿No contribuiría a erosionar la institución matrimonial rindiendo culto en exceso a los intereses patrimoniales?” (30). Por último, termina discutiendo “la supuesta utilidad de la renuncia *ex ante* en capitulaciones”, ya que, como concluye, algunos de los comportamientos o situaciones que podrían evitarse con estos pactos son objetivos que pueden obtenerse (y que se obtienen ya, según trata de demostrar) por otros medios (31).

En este punto, conviene recapitular y centrar la cuestión. Una vez establecido el carácter disponible y, por tanto, renunciable de la pensión compensatoria y la naturaleza básicamente indemnizatoria de esta percepción, el problema se plantea con relación a la renuncia *previa* de ésta, no por supuesto respecto a la renuncia una vez que ha sido establecida mediante sentencia judicial. Y no respecto a todos los pactos de renuncia *previa*, sino sólo respecto a aquellos que son cuestionados ante los Tribunales –los demás se desenvolverán, como señala GARCÍA RUBIO (32), en el campo del “no Derecho”, cumpliéndose voluntariamente, y careciendo de sentido plantear teóricamente su ineficacia– generalmente cuando el *cónyuge* que en su día renunció (libre y voluntariamente) a la pensión compensatoria mediante acuerdo privado decide solicitarla ahora en el curso del proceso matrimonial, aduciendo generalmente un importante cambio de circunstancias personales, económicas e incluso psicológicas desde el momento en que se celebró el *contrato* hasta la actualidad.

Con este panorama, la contestación a si la renuncia *previa* cabe o no nos parece un tanto artificiosa, siendo conscientes de que siempre ha de someterse a *verificación o control judicial*.

Además de las importantes cuestiones procesales que suscitan este tipo de litigios –derivadas fundamentalmente de la excepcional admisibilidad de la renuncia en los procesos matrimoniales en la nueva LEC, o de la posibilidad de ventilar en estos procesos la pretendida nulidad del

(30) CABEZUELO ARENAS: “¿Es válida la renuncia...?”, cit., p. 22.

(31) CABEZUELO ARENAS: “¿Es válida la renuncia...?”, cit., pp. 32 a 34.

(32) GARCÍA RUBIO: *Alimentos entre cónyuges*, cit., p. 76, apunta este importante matiz al hilo de los denominados por la autora “convenios de separación amistosa”, de los que afirma: “(...) en la práctica el problema suele ser de índole menor, pues si los acuerdos alcanzados son voluntariamente cumplidos por los cónyuges el pacto funciona en el campo del «no Derecho», por lo que carece de sentido aludir a su ineficacia, mientras que si alguna de las estipulaciones o el íntegro pacto se cuestionan ante los Tribunales será el juez quien –cumpliendo una misión análoga a la que se le encomienda en el tema del convenio regulador– habrá de decidir sobre su eventual eficacia o ineficacia”.

pacto previo de renuncia—, la verdadera cuestión de fondo radica aquí en determinar hasta dónde llega el control del juez sobre aquello que han decidido las partes: ¿Debe quedar vinculado obligatoriamente el juez por el pacto de renuncia, limitándose a homologar su contenido, y negando en todo caso la pensión al cónyuge que en su día renunció? o ¿podrá realizar un control material del acuerdo de renuncia, privándole de efectividad y acordando ahora la concesión de la pensión compensatoria por desequilibrio al cónyuge renunciante? O, lo que es lo mismo, si éste ha de limitarse a consagrar lo que han decidido los cónyuges y sólo en determinadas y tasadas circunstancias puede rechazarlo (ésta es la opinión tajante de PASTOR VITA, como hemos visto, y también, aunque más moderada, de GARCÍA RUBIO), o puede rechazar el acuerdo, la renuncia previa, privándole de efectividad.

A estos interrogantes vamos a contestar en principio indirectamente, llevando a cabo básicamente una revisión de los límites cuyo respeto debe verificarse en la adopción de estos acuerdos previos. Esta verificación habrá de ser, como ya se ha insistido, judicial, lo cual puede tranquilizar, pero también puede producir el efecto contrario: el de la preocupación. Una preocupación que aumentará cuando se compruebe además que los criterios en los que el juez debe asentar su labor de control, cada uno de los límites, distan bastante de estar perfectamente claros y delimitados.

II. Límites al poder de autorregulación de los cónyuges

Conviene tener presente que partimos de la aceptación unánime de un dato *de fondo* de enorme trascendencia: la progresiva *privatización* de la familia y, por ende, de la institución matrimonial, entendida cada vez más como relación *abierta*, en la que muchos de sus términos son determinados libremente por los cónyuges en virtud de su propia autonomía negocial. Lo que queda por dilucidar es una importante cuestión, antes señalada: la del marco en que deba desenvolverse dicha autonomía privada o, lo que es lo mismo, los límites que deben respetar los cónyuges a la hora de elaborar estos pactos preventivos. Serán estos límites de Derecho imperativo los que los jueces deban vigilar caso por caso, sancionando la eficacia de las concretas manifestaciones de la capacidad autorreguladora de los cónyuges, entre ellas, la de los pactos de renuncia previa a la pensión compensatoria.

Ahora bien, la particular configuración de la relación matrimonial dentro de nuestro ordenamiento jurídico ha provocado que doctrinalmente se hayan sostenido posturas, si no contrarias, sí al menos divergentes, sobre cuál debe ser el papel del Estado en relación a la capacidad autonor-

mativa de los cónyuges. Frente a quienes sostienen una mínima inferencia del Derecho imperativo en el seno de los pactos conyugales, limitado a controlar el respeto a la legalidad contractual (asegurando la libre prestación del consentimiento por parte de ambos cónyuges) (33), otros justifican un mayor control judicial de la eficacia de dichos pactos como método de realización de objetivos de política legislativa, vgr. la protección de los miembros más débiles del núcleo familiar o el interés público en preservar ciertos caracteres –la solidaridad o la equidad entre los cónyuges–, que distinguen en esencia al matrimonio de otro tipo de uniones no formales (34).

Desde una perspectiva teórica, y siguiendo el reflejo que estas tesis pudieran encontrar en nuestro ordenamiento jurídico positivo, los límites a la autonomía privada de los esposos pueden ser agrupados en diferentes categorías; básicamente tres:

a) Los genéricos límites a la autonomía de la voluntad impuestos por el artículo 1.255 CC; esto es, la imposibilidad de que los pactos conyugales vayan contra la Ley, la moral o el orden público.

b) Los límites particulares impuestos a los pactos matrimoniales a consecuencia de la proyección sobre los mismos de aquellos principios, como el de respeto e igualdad de derechos entre los cónyuges (art. 32 CE), sobre los que se asienta el sistema matrimonial vigente en nuestro país.

c) Las exigencias derivadas de la naturaleza contractual de este tipo de pactos: bien aquellas originadas por los que el Código Civil (arts. 1.261 y ss.) configura como requisitos esenciales en la celebración de cualquier acuerdo entre particulares: consentimiento (libre y voluntario), objeto y causa (lícitos); bien aquellas otras derivadas de la aplicación de la teoría del negocio jurídico a los acuerdos matrimoniales; en particular, la de la desaparición de la causa del negocio por la formulación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

1. Límites genéricos a la autonomía privada: artículo 1.255 CC.

El pacto prematrimonial de renuncia a la pensión compensatoria no podrá sobrepasar, como cualquier otro acto derivado de la autonomía de la voluntad de los particulares –en este caso futuros contrayentes, o bien ya marido y mujer–, los genéricos límites que el artículo 1.255 CC impone al poder de autorregulación de los particulares; esto es, la imposibilidad de que éstos sean “*contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*”.

(33) PASTOR VITA: “La renuncia...”, cit., p. 27.

(34) EGEA FERNÁNDEZ: “Pensión compensatoria...”, cit., p. 4560.

Respecto al primero de estos límites, la *praxis* judicial demuestra que, en no pocas ocasiones, los jueces han llevado a cabo un control de fondo sobre el contenido de acuerdos matrimoniales amparándose en el límite de “la Ley” que impone el artículo 1.255 CC. Con base en este argumento se ha llegado a declarar la ineficacia de pactos conyugales que, se decía, no respetaban el contenido de la normativa reguladora de la pensión compensatoria en el Código Civil (cfr. arts. 97, 99, 100 y 101). Y ello pese a la declaración, hasta la saciedad, del carácter *dispositivo* de estos preceptos que convierten el régimen jurídico de la pensión compensatoria en materia absolutamente *disponible* por las partes dado su carácter estrictamente patrimonial (por todas, STS de 2 de diciembre de 1987). Fue el caso, entre otras, de la sentencia AP Álava de 20 de septiembre de 1994, que declaró la invalidez del acuerdo en el que los esposos acordaban el carácter no revisable de la pensión fijada en el convenio y la cuantificaban con independencia de las circunstancias personales o profesionales en que pudiera encontrarse el cónyuge preceptor. Negó la validez de un acuerdo semejante, en el que se determinaba la percepción de la pensión por parte de la esposa “*en cualquier situación en que ésta llegue a encontrarse*”, la SAP Valencia de 9 de febrero de 1991.

Dejando constancia de la incoherencia de tales argumentos, no cabe duda que el control judicial sobre el límite legal a estos acuerdos, aun existiendo, debe limitarse a valorar la eventual contravención del concreto pacto de renuncia con aquellos otros preceptos de carácter *imperativo* que, más allá de su contenido, pudieran quedar afectados por el mismo. Entre éstos, se ha planteado repetidamente la posible contradicción de los pactos prenupciales de renuncia a la pensión compensatoria con el artículo 6.2 CC, regulador de la genérica renuncia de derechos. Y es que, dado que el derecho al que se renuncia en los acuerdos prematrimoniales, el derecho a obtener una pensión compensatoria por desequilibrio, aún no ha nacido en dicho momento, éste –que es aún mera *expectativa*– queda fuera del patrimonio del que el renunciante puede disponer (35). Esta fue la argumentación sostenida por la sentencia AP Asturias de 12 de diciembre de 2000, que negó eficacia al acuerdo por el que ambos esposos renunciaban mutuamente a la pensión compensatoria que pudiera corresponderles en una futura crisis matrimonial, al considerarse “*una renuncia a un*

(35) Parece inclinarse a favor de esta opinión CABEZUELO ARENAS: “¿Es válida la renuncia...?”, cit., p. 30. “Pactar *ex ante* una renuncia en capitulaciones –afirma la autora– equivale a legitimar que, tras años de sacrificio, podremos desentendernos de la situación en que ha de quedar nuestro cónyuge, por precaria que ésta sea. Que podremos faltar a los deberes conyugales a nuestro antojo y abandonarlo a su suerte sin que le sea reconocida suma alguna para subvenir sus necesidades”.

futuro, hipotético e incierto derecho, que sólo nace temporalmente en el momento de la separación", invalidando por tanto el acuerdo "sobre la base de que no se puede renunciar a un derecho que todavía no ha nacido".

Existiendo en nuestro ordenamiento jurídico-privado otros supuestos en los que resulta admisible la disponibilidad y, por tanto, la renuncia sobre derechos futuros (vgr. el principio general del art. 1.271 CC que permite la contratación sobre cosas futuras) (36), deberá sostenerse la posibilidad de renunciar *ex ante* a la pensión compensatoria "como manifestación del principio de autonomía de la voluntad, ajustándose dicha renuncia a lo dispuesto en el artículo 6.2 CC" (SAP Valencia de 25 de enero de 2002); esto es, dando cumplimiento a los requisitos señalados legalmente para la validez de la renuncia, entre ellos muy especialmente, la del carácter *expreso* e inequívoco de la declaración: "El artículo 84.1 contempla el derecho del cónyuge que ve perjudicada su situación en comparación con la que mantenía constante matrimonio a percibir una pensión compensatoria; derecho que, como tal, es renunciable, siempre que esta renuncia sea formulada de manera clara y explícita, como es el caso" (STSJ Cataluña de 19 de julio de 2004). Por el contrario, admite la renuncia tácita a la pensión compensatoria la sentencia AP Baleares de 14 de mayo de 2004, afirmando con apoyo doctrinal y jurisprudencial: "No obstante, también se puede considerar que la no inclusión en dicho convenio de una cláusula relativa a la pensión compensatoria, procede interpretarse como renuncia tácita a la misma, pues a pesar de que la jurisprudencia ha exigido que la renuncia de derechos en general sea expresa, hay otras sentencias del Tribunal Supremo que admiten la renuncia tácita, como la de 30 de octubre de 2001, según la cual *si bien la renuncia ha de ser clara, terminante e inequívoca, el ordenamiento jurídico, concretamente el artículo 6.2 del Código Civil que la regula, no la sujeta a una forma especial, por lo que puede producirse de forma tácita o implícita*".

El segundo de los límites que cabría imponer de forma genérica a los pactos matrimoniales de renuncia llevaría a declarar la nulidad radical de aquellos acuerdos contrarios a la "moral", entendida ésta como el conjunto de convicciones de ética social imperantes en nuestra comunidad, así como al "orden público", concepto de difícil significación que sin embargo debe entenderse, en este ámbito concreto, referido a aquellos principios fundamentales o rectores de nuestro ordenamiento jurídico-familiar (37).

(36) EGEA FERNÁNDEZ: "Pensión compensatoria...", cit., p. 4569 cita, además del principio general en materia contractual del artículo 1.271 CC, la posible renuncia a la responsabilidad por negligencia amparada tácitamente por el artículo 1.102 CC.

(37) Respecto de los límites de la libertad contractual, con carácter general, véase DíEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. I. Introducción. Teoría del contrato*,

La doble referencia del artículo 1.255 CC al límite de “la moral y el orden público” –al que debe equipararse aquí la mención a las “buenas costumbres” del art. 1.328 CC–, se ha considerado casi un *arcaísmo* en un sistema matrimonial que concede absoluta prioridad a la autonomía de los cónyuges en la regulación de sus intereses estrictamente económicos o patrimoniales; no así en los que afecten a cuestiones familiares de otra índole, tales como guarda y custodia de los hijos, atribución del domicilio familiar o alimentos entre cónyuges, en las que ciertos valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico-privado siguen proyectándose de forma clara a través de conceptos jurídicos indeterminados tales como el denominado “orden público familiar” o el “interés de la familia” (38).

En esta línea se encuentra, entre otras, la argumentación de la sentencia AP Zaragoza de 15 de noviembre de 2004, cuando afirma: “En primer lugar, que la pensión compensatoria no es una institución de orden público, por lo que es perfectamente lícita la renuncia a su percepción (art. 6.2 CC). En segundo lugar, que su finalidad es la de reequilibrar (no de forma matemática) la situación del cónyuge que por causa de separación queda en situación económica de desventaja respecto del otro miembro del matrimonio. En tercer lugar, que el momento al que hay que atender para averiguar la realidad de ese desequilibrio es el de la ruptura o quiebra de esa relación conyugal, ya que los avatares posteriores no traen su causa directa de la separación, sino de realidades ajenas a ésta (por ejemplo, de coyunturas del mundo laboral)”.

Ello no obstante, se siguen encontrando hoy día resoluciones aisladas que, criticadas por algunos por lo que llaman un excesivo “paternalismo

4.ª edición, Civitas, Madrid, 1993, pp. 296 y 297, que destaca las dificultades para fijar definitivamente qué debe entenderse por moral y orden público. Últimamente, sobre la moral de forma específica, véase RAMS ALBESA, J.: “La moral en la disciplina general de los contratos”, RGLJ, 2001, pp. 393-410.

(38) El aludido *interés familiar* opera como límite al poder de autorregulación, no sólo de los cónyuges, sino de todos los integrantes del núcleo familiar, sancionando la eficacia de aquellos pactos que contengan renunciaciones de derechos subjetivos personales que, por estar condicionados al cumplimiento de un “deber-función”, deben considerarse inalienables, irrenunciables e imprescriptibles. El derecho a la pensión compensatoria por desequilibrio, en cuanto afecta únicamente a intereses particulares –y patrimoniales– de los cónyuges, quedaría fuera de ese “interés familiar”, que no se vería modificado por la renuncia individual del titular de ese derecho. PÉREZ VALLEJO, A. M.: *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges*, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2000, p. 96. Ahora bien –afirma BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en “Retroactividad del régimen económico del matrimonio”, *Aranzadi Civil*, número 1, 2003, p. 229–, “una cosa es que los cónyuges puedan contratar libremente haciendo uso de la amplitud que en dicho campo contractual tiene la autonomía privada, y otra cosa es creer que la autonomía privada opera con la misma amplitud en capitulaciones matrimoniales. Como he dicho, ello supone olvidar que, tratándose de materia patrimonial, debe estar subordinada, no obstante, a la protección del matrimonio”.

judicial” (39), basan su decisión sobre la validez o no de pactos matrimoniales de renuncia en el carácter *amoral* o poco ético de su contenido. Es el caso de la SAP Almería de 17 de febrero de 2003, que consideró contrario al “*orden público matrimonial*” el pacto prematrimonial por el que los esposos acordaban sanciones económicas en caso de producirse el divorcio, a modo de cláusula penal. En sentido contrario, la sentencia AP Valladolid de 8 de mayo de 2003 rechazó la pretensión de nulidad de unas capitulaciones matrimoniales en las que los esposos pactaban las consecuencias patrimoniales de una eventual separación, revocando la decisión del Tribunal de instancia y considerando “*plenamente lícito y moral*” pactar la no continuación de la convivencia conyugal y el establecimiento de acuerdos sobre cuestiones de orden económico (40).

2. Límites de contenido derivados de los principios rectores del sistema matrimonial vigente.

A pesar de la progresiva *privatización* de la relación entre los cónyuges, el matrimonio sigue siendo una institución jurídica en evolución, correspondiente a un concreto modelo de familia (de relación de pareja), tutelada y regulada por el Estado según los valores sociales imperantes en cada momento. Serán estos valores los que determinen el régimen jurídico del matrimonio y configuren el abanico de derechos y deberes básicos que asumen los cónyuges mediante su celebración. De ahí que gran

(39) GARCÍA RUBIO: “Los pactos...”, cit., p. 1671, se hace eco en su trabajo de la polémica suscitada entre autores norteamericanos al hilo de la actual tendencia de algunos jueces de aquel país de “extralimitarse” en su función jurisdiccional, entrando a juzgar de oficio el contenido de acuerdos matrimoniales estrictamente económicos, claramente amparados por la autonomía de la voluntad de los esposos, y en los que no estaban en juego intereses relacionados con hijos, menores ni terceros que pudieran resultar perjudicados por la decisión (es inevitable pensar qué sentirían estos autores, al fin y al cabo del país de Oliver WENDELL HOLMES y del realismo jurídico, frente a ciertas actuaciones de nuestros jueces: lo que allí resulta llamativo aquí es desgraciadamente habitual).

(40) De la *internacionalización* de esta práctica judicial son buena muestra dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional alemán de 6 de febrero y 29 de marzo de 2001 en las que, amén de respaldar la posibilidad de someter a control judicial de contenido los acuerdos privados celebrados entre los cónyuges para regular las consecuencias de una eventual crisis matrimonial, señalan como uno de los instrumentos técnicos adecuados para la realización de este control de fondo la cláusula general de prohibición de ir contra las buenas costumbres prevista en el § 138 BGB (*Wirksamkeitskontrolle*). En virtud de ésta, el negocio jurídico *inmoral*—esto es, aquel cuyo contenido parezca irreconciliable con los valores fundamentales del Derecho y de la moral, basados en la equidad y en la justicia— podrá ser declarado radicalmente nulo por el juez, sin posibilidad de eficacia parcial ni de interpretación. Más a fondo sobre esta reciente doctrina del *Bundesgerichtshof*, vid. NARDONE A.: “Autonomia privata e controllo del giudice sulla disciplina convenzionale delle conseguenze del divorcio”, *Famiglia. Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 1, 2005, pp. 133-154.

parte de los límites de eficacia que afectan a los pactos conyugales provengan de la proyección sobre los mismos de los principios —como el de igualdad (arts. 14 y 32 CE) o del respeto a terceros— inspiradores de nuestro sistema matrimonial, y que marcan el contenido mínimo de la relación de pareja que hoy día se considera irrenunciable.

2.1. *Acuerdos contrarios al principio de igualdad entre los cónyuges.*

Muchos de los preceptos reguladores del sistema matrimonial vigente en nuestro ordenamiento consagran como uno de sus pilares básicos el principio de *igualdad* de derechos entre los cónyuges.

A partir de los postulados constitucionales contenidos en los artículos 14 (principio de igualdad) y 32 (derecho a contraer matrimonio “*con plena igualdad jurídica*”), preceptos singulares del Código Civil hacen aplicación concreta de este principio de no discriminación, negando eficacia a aquellos pactos matrimoniales de los que se derive un perjuicio grave para alguno de los esposos. Y ello porque, como señala acertadamente EGEA FERNÁNDEZ, “lo mismo que sucede en otros ámbitos del Derecho, en los que la jurisprudencia, la doctrina y la legislación sostienen desde hace tiempo que la materialización de la autonomía de la voluntad exige la protección de la parte débil de la relación”, igual debe predicarse también de los pactos vinculados al matrimonio (41).

De esta forma se proyecta además, en esta concreta faceta de las relaciones conyugales, el papel tradicionalmente atribuido al Estado de *garante* de los derechos fundamentales (libertad, igualdad) de los individuos, también en su esfera privada de actuación; máxime en una institución como la del matrimonio, durante décadas sustentada *a priori* en la desigualdad entre sus miembros (42).

Superada hoy día esta concepción del matrimonio, sigue vigente no obstante la función *reequilibradora* del Derecho, en aquellos casos particulares en que la desigualdad (económica, psicológica) entre los esposos justifiquen la tutela de la parte débil de la relación. De esta forma, deberá garantizarse el principio de igualdad del artículo 32 CE cuando, pese a quedar amparado en la libertad normativa de los esposos, los efectos

(41) EGEA FERNÁNDEZ: “Pensión compensatoria...”, cit., p. 4562.

(42) “A través del mismo (del matrimonio) (...) se ejerce por parte del Estado un control sobre el comportamiento de las personas en un espacio de relaciones tradicionalmente dominado por la desigualdad y el sometimiento: con ello se asegura que también a los espacios privados construidos socialmente llegan los derechos fundamentales. De ahí que en las declaraciones constitucionales se haga especial mención a la igualdad y a la libertad como paradigmas que deben presidir la regulación de su contenido”. VALPUESTA FERNÁNDEZ: *La encrucijada de la familia*, cit., p. 102.

reales del pacto conyugal hagan pensar en situaciones de abuso de poder o, en palabras de DELL'UTRI, de "déficit democrático" en la relación (43).

A ello es a lo que sin duda hace referencia el artículo 90 CC cuando, en la regulación del convenio regulador de la separación o el divorcio de la pareja, exige la aprobación judicial de los pactos celebrados por los esposos de cara a una futura crisis matrimonial, pudiendo el juez negar legítimamente esta homologación, cuando éstos sean "*gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges*".

Así lo dice, entre otras, la SAT Barcelona de 2 de abril de 1987 cuando afirma: "... si bien es verdad que las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen convenientes siempre que no sean contrarias a la ley o a la moral; *sin embargo, este principio de aplicación indudable a la materia de los contratos no ha de estimarse con la misma amplitud en materia de matrimonio y filiación, en los que la libertad y autonomía de las partes se restringe con base en otros principios superiores, y eso lo demuestra, entre otros, el artículo 90 apartado c) CC, que permite que el juez modifique los acuerdos de los cónyuges cuando lo estime gravemente perjudicial para uno de ellos*".

Pese a su vaguedad (o precisamente por ella), el "*grave perjuicio al cónyuge renunciante*" se ha convertido en uno de los argumentos más repetidamente utilizados por los órganos judiciales para negar la validez de pactos de renuncia a la pensión compensatoria; tendencia a la que quizá ha contribuido la absoluta libertad de decisión del órgano jurisdiccional en esta materia, dada la total ausencia de criterios legales que orienten al juez a la hora de valorar el perjuicio ocasionado al cónyuge renunciante (44).

Tomando como referente la escasísima jurisprudencia al efecto, se han

(43) La función del control judicial en estos casos la justifica el autor italiano como "suplemento" a la autónoma capacidad normativa de la comunidad familiar en situaciones de conflicto; como forma de tutela de la parte débil; en definitiva, como reacción a fenómenos de abuso de poder o de déficit democrático en el núcleo familiar. DELL'UTRI, M.: "Crisi della famiglia e pluralismo", *Famiglia. Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 4, maggio-giugno 2004, pp. 993-1025. En esta misma línea, el Tribunal Constitucional alemán ha postulado en sentencias de 6 de febrero y 29 de marzo de 2001 la necesidad de un control judicial sobre el contenido de los acuerdos matrimoniales, a fin de tutelar los derechos fundamentales de ambos cónyuges y evitar así que para uno de ellos la autodeterminación (*Selbstbestimmung*) se transforme en imposición (*Fremdbestimmung*). NARDONE: "Autonomía privada...", cit., p. 138.

(44) La ausencia de criterios claros que orienten al órgano jurisdiccional a la hora de valorar el perjuicio realmente ocasionado al cónyuge renunciante no es, sin embargo, más que una manifestación concreta de una carencia mayor: la falta de regulación material de los pactos privados entre esposos en nuestro ordenamiento jurídico-positivo. Como señala GARCÍA RUBIO: "Los pactos...", cit., p. 1657, sólo es posible reconocer su reflejo legal, y de manera ciertamente deficiente, en el artículo 15.1 del Código de Familia de Cataluña o, de manera muy indirecta, en la referencia a "cualesquiera otras disposiciones" que el artículo 1.325 CC permite a los cónyuges incluir en capitulaciones matrimoniales.

señalado diferentes supuestos en los cuales el pacto de renuncia pudiera ocasionar un perjuicio *objetivo* y grave para el cónyuge renunciante, justificador de la ineficacia del acuerdo. Así, por ejemplo, se ha defendido la invalidez del pacto de renuncia por no respetar la mínima reciprocidad de derechos entre los esposos (vgr., porque sólo uno de ellos renuncia a una eventual pensión, mientras que se reconoce al otro cónyuge el derecho a reclamarla); o cuando la renuncia conlleve una violación de los derechos fundamentales del cónyuge renunciante, como aquel en el que la renuncia se hace efectiva a cambio de la imposición del lugar de residencia al cónyuge renunciante (SAP Madrid de 6 de marzo de 1998) o de la prohibición de que vivan otras personas en el domicilio familiar; argumento que es posible entrever en alguna resolución, como la SAP Navarra de 21 de febrero de 1994 o la SAP Asturias de 17 de abril de 2000, esta última en la que el Tribunal deniega la validez de un acuerdo matrimonial similar a los descritos *supra* (en este caso se establecía mediante pacto la prohibición de que viviera en el domicilio familiar persona distinta de la esposa y los hijos, sin el consentimiento del marido) invocando el derecho a la libertad afectiva de la esposa, o de forma aún más clara la SAP Almería de 17 de febrero de 2003, que negó la validez del pacto por el que los esposos establecían una serie de sanciones económicas aplicables en caso de crisis matrimonial, y que se fijaban en proporción al tiempo de convivencia de la pareja, argumentando que: “La sentencia recurrida ha considerado que la citada cláusula de la escritura de capitulaciones es nula por ser contraria al orden público matrimonial, considerándola contraria a las buenas costumbres, la moral y la ética social, pues supone penalizar el cese de la convivencia conyugal, no considerando admisible que se pague por la convivencia matrimonial (ya que) de admitirse la validez de la estipulación se estarán autorizando cláusulas penales que limitarían el derecho de separación matrimonial, reconocido implícitamente en el artículo 32.2 de nuestra Constitución, lo que no es admisible y supondría un retroceso en el régimen de derechos de los cónyuges (...). *La razón de ello estaría en la falta de igualdad de los cónyuges que ocasiona aquélla y que sería contraria al artículo 32.1 de la Constitución. Esta igualdad se perdería desde el momento en que la convivencia conyugal se condiciona, en cuanto a su cese, por medio de una cláusula penal que con el transcurso del tiempo puede hacer muy gravoso o de casi imposible cumplimiento el abono de la indemnización*” (45).

(45) Crítica abiertamente GARCÍA RUBIO: “Los pactos...”, cit. p. 1670, la postura del Tribunal en esta resolución, pues más que el (dudoso) derecho constitucional a separarse, lo que estaría limitando la nulidad de este tipo de pactos es el derecho a contraer matrimonio de quienes deseen hacerlo bajo este tipo de acuerdos prenupciales.

El riesgo de arbitrariedad judicial en estos casos se acrecienta si se piensa que la mayor parte de los pactos de renuncia a la pensión compensatoria no son celebrados por los esposos, o futuros esposos, de manera *aislada*, sino como parte de una autorregulación de sus intereses patrimoniales más amplia, que generalmente se complementa con la elección del régimen económico de la futura pareja en capitulaciones matrimoniales (o en la liquidación del mismo, en caso de que el pacto de renuncia sea posterior a la celebración). De esta forma, el contenido del pacto de renuncia y, en consecuencia, el perjuicio que conlleve para el cónyuge renunciante no podrá ser valorado de manera aislada por el juez, sino en conjunción con estas otras medidas, de las que en muchos casos ni siquiera tendrá conocimiento en el pleito de separación. Y ello es así porque generalmente la renuncia a la pensión compensatoria será un pacto de carácter *transaccional*, en el que uno de los cónyuges hace dejación de este derecho, a cambio de la propiedad de ciertos bienes, de la atribución del domicilio familiar o de otro tipo de pensión alimenticia, en este caso convencional (46).

En este sentido, la sentencia AP Barcelona de 29 de julio de 2004 afirma: “La comprensible irritación de la esposa al apercebirse de la trascendencia del descubierto de sanciones de circulación que le caen directamente y, la del demandado, por el alquiler del piso conyugal al año justo de su atribución, ha desatado ahora reclamaciones de compensaciones económicas que ahora se piden: el demandante insistiendo en sus aportaciones al haber familiar, y por tanto al pago de las hipotecas, así como a parte del mobiliario y la demandada saca también a relucir su aportación –vía ampliación de hipoteca– para la adquisición del Audi 4 que se adjudica el demandante. *Todo esto no era desconocido cuando se firmó el convenio de separación, de manera que no vemos motivo para dejar sin efecto aquella recíproca renuncia a compensaciones pactada en el convenio regulador. Estos convenios tienen, en lo económico, un acusado carácter transaccional y como tal puede dejarse sin efecto por intervención de error, dolo, violencia o falsedad (art. 1.817 Código Civil), pero en este caso no estimamos –ni se alega– exista ningún motivo para desconocer la validez y eficacia de aquel convenio, por lo que no puede desconocerse lo pacta-*

(46) De hecho, éste parece ser el argumento de fondo empleado en la SAP Zaragoza de 2 de noviembre de 1999 cuando, negando validez al acuerdo privado incluido en capitulaciones matrimoniales por el que los esposos fijaban la cuantía de la pensión compensatoria, declara que: “dicho acuerdo puede llegar a tener eficacia entre las partes, pero ello no impide que al amparo del artículo 90 del Código Civil si el acuerdo es gravemente perjudicial para alguno de los cónyuges, pueda éste ser rectificado por el juez; en todo caso los acuerdos a que los cónyuges hayan podido llegar es un dato más, que no único, a la hora de fijar la pensión compensatoria”.

do. O dicho de otra forma, no procede estimar haya existido enriquecimiento injusto cuando las partes saldaron y resolvieron de la forma que consideraron justa sus intereses económicos, con arreglo a todas las circunstancias reales que ellos conocen y, objetivamente, no hay motivo grave para dudar de ello. Obsérvese que no se pide su nulidad por vicio de consentimiento ni por cualquier otra causa; simplemente se margina lo pactado para iniciar de nuevo pretensiones «compensatorias» mediante otra argumentación. Esa argumentación tendría sentido respecto de aspectos no contenidos en el convenio (art. 1.815 del Código Civil) o que derivan de circunstancias nuevas que justifiquen su modificación como tal convenio de separación; no siendo así, choca siempre con la eficacia de lo convenido como elemento de justificación de cualquier subjetiva apreciación de enriquecimiento injustificado del otro”.

2.2. *El posible perjuicio a terceros del pacto de renuncia.*

Entre los preceptos reguladores de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en sus relaciones patrimoniales, nuestro ordenamiento jurídico incluye una garantía adicional, que permite declarar la invalidez de aquellos acuerdos matrimoniales que perjudiquen a terceros, sean éstos hijos del matrimonio, acreedores de uno de los cónyuges o incluso otras terceras personas ajenas a la pareja, que pudieran verse afectadas por los acuerdos privados entre los esposos, en este caso por el pacto de renuncia a la pensión compensatoria. A una aplicación concreta de límite hace referencia, entre otros, el artículo 90 CC (en relación con la DA 6.ª Ley 30/1981), cuando establece la automática homologación o aprobación judicial de aquellas medidas acordadas por los esposos en la fase inmediatamente anterior a la crisis matrimonial, básicamente en el convenio regulador de la separación o el divorcio, “*salvo si los mismos son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges*”.

Ahora bien, la aplicación de este límite a los pactos prenupciales de renuncia a la pensión compensatoria presenta ciertas dificultades de orden teórico y práctico. En primer lugar, no existe precepto legal alguno en nuestro ordenamiento jurídico que imponga este control jurisdiccional a los acuerdos celebrados en fase *prematrimonial*, esto es, cuando el pacto de renuncia se celebra antes de la celebración del matrimonio y con miras a un eventual divorcio de la pareja. Pero es que, aun sin base legal para ello, no resulta nada fácil determinar en la práctica quiénes puedan ser esos *terceros* afectados por el convenio de renuncia, ni qué tipo de *perjuicio* es el que debe motivar la actuación de control.

Quizá con un cierto apoyo en el Derecho positivo, se ha planteado la posibilidad de que el pacto de renuncia sea declarado ineficaz por con-

llevar un perjuicio a los hijos del matrimonio, lo que permitiría al juez, en analogía con los preceptos antes mencionados (cfr. art. 90 CC) realizar un control de fondo del acuerdo. De esta forma, podría el juez declarar su radical ineficacia, en aplicación del deber general de los jueces de velar por el *favor filii*, en cumplimiento de lo que la SAP Madrid de 6 de marzo de 1998 denomina “una función de especial responsabilidad del juez, que no solamente a excitación del Ministerio Público, sino inclusive de oficio, *debe rechazar los convenios que incurran en lesividad para los hijos*, obligando a sus progenitores a que le sometan un nuevo texto superador de la cláusula censurada, estableciendo en último término y de no lograrse el adecuado consenso en dicho punto, las medidas más acordes con la protección de la prole, en sustitución de las propuestas por las partes”.

De hecho, ésta parece ser la argumentación del Tribunal, entre otras, en la SAP Murcia de 8 de marzo de 1995, denegatoria de la validez del acuerdo celebrado entre los esposos, en virtud del cual la mujer renunciaba a su derecho a pensión compensatoria a cambio del compromiso del marido de no reclamar alimentos para los hijos menores, que quedaban a su cargo, entendiendo el juez que esta compensación no está amparada por la libertad capitular de los esposos, al afectar a derechos de terceros, en particular de los hijos del matrimonio.

Más allá de resoluciones como las citadas, lo cierto es que no resulta fácil concebir supuestos en los cuales el pacto de renuncia haga derivar perjuicios importantes y *directos* –no cabe duda que, *indirectamente*, se verán afectados por la misma, sobre todo en aquellos casos en los que el progenitor que se hace cargo de los hijos no cuenta con más recursos que los que le proporcionaría la pensión compensatoria– a los hijos de la pareja; máxime cuando, como se ha indicado (47), éstos contarán en los supuestos de crisis matrimonial, en todo caso, con una pensión alimenticia –fijada en el convenio regulador o en las medidas definitivas acordadas judicialmente tras la separación o el divorcio de los padres– que satisfaga suficientemente sus necesidades básicas. Lo que, por otra parte, vuelve a plantear la fundamental cuestión, no siempre clara en nuestra jurisprudencia, de distinguir entre estos dos tipos de prestaciones, la pensión alimenticia y la pensión compensatoria, por la diferente función que desempeñan en la crisis matrimonial (48). Pese a que la pensión del artículo 97 CC cumpla, indirectamente, una función alimenticia o de subsisten-

(47) PASTOR VITA: “La renuncia...”, cit., p. 46.

(48) Un análisis en profundidad sobre la naturaleza y la función de ambas prestaciones en la crisis matrimonial puede verse en MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: “Separación matrimonial, obligación de alimentos y pensión compensatoria”, *La Ley*, número 5417, 13 de noviembre de 2001, pp. 1-8.

cia –de hecho, en ocasiones los jueces han llegado incluso a “confundir” ambas prestaciones en una sola percepción (SAP Cantabria de 7 de febrero de 2005)–, no cabe duda de que su principal finalidad es la *indemnizatoria* o resarcitoria del daño económico que uno de los cónyuges haya podido sufrir a raíz del matrimonio, y que se manifiesta al momento de surgir la crisis conyugal, “sin perjuicio de que su fundamento puede basarse también en el principio de solidaridad posconyugal, es decir, en el equilibrio económico fundado en la solidaridad familiar que surgió entre los esposos al contraer matrimonio” (SAP Málaga de 31 de marzo de 2005).

En segundo lugar, la posibilidad de que el pacto de renuncia de la pensión compensatoria perjudique a terceros acreedores queda en la práctica limitada al supuesto, un tanto *de laboratorio*, en que la renuncia sea pactada por los cónyuges una vez celebrado el matrimonio –difícilmente antes de la celebración de los esponsales, pues en los casos en que es posible plantear esta hipótesis se darían datos suficientes como para plantear incluso en extremo la nulidad del matrimonio por haberse celebrado en fraude de ley– y ante su eventual separación, con la intención fraudulenta de eludir los derechos de crédito de los acreedores de quien resultaría beneficiario de la pensión compensatoria. Sólo entonces resultará posible la rescisión del pacto de renuncia según el régimen de los artículos 1.290 y ss. CC, siempre condicionada ésta al carácter subsidiario con que la Ley concede esta acción, que queda limitada a los casos en que los acreedores no pudieran cobrarse de otra forma lo que se les debe, lo que no siempre ocurrirá en el caso de separación o divorcio, pues una cosa es que se den los presupuestos de desequilibrio económico, etc., señalados por el artículo 97 CC para la fijación de la pensión compensatoria, y otra cosa es que el cónyuge beneficiario carezca de ningún otro recurso económico para subsistir.

Por último, plantea algún autor (49) la posibilidad de que el pacto de renuncia pueda ser declarado ineficaz en aquellas ocasiones en que la pensión compensatoria fuera el único recurso económico con que contara el cónyuge beneficiario, de tal suerte que, al renunciar a ésta, su situación de indigencia –y presupuestos los demás requisitos exigidos legalmente para el nacimiento de esta obligación– hiciera nacer en éste el derecho a reclamar alimentos *a terceros*, sean estos servicios públicos de asistencia social, sean particulares obligados a prestarle ayuda en virtud del régimen legal de alimentos entre parientes regulado en los artículos 142 y ss. CC.

Esta última posibilidad hace surgir, sin embargo, alguna cuestión de cierto interés en los casos en que el presupuesto para el nacimiento de la

(49) GARCÍA RUBIO: “Los pactos”, cit., p. 1671.

pensión compensatoria sea la separación y no el divorcio de la pareja –que, como afirma la SAP Tarragona de 9 de diciembre de 2002, “*por la disolución del vínculo matrimonial dejan de ser cónyuges, desapareciendo la razón legal de los alimentos*”–, y es que siendo éste (el cónyuge del renunciante) el principal obligado a prestar los alimentos según el orden de llamamiento previsto en el artículo 143 CC, por delante aún de descendientes, ascendientes y hermanos del necesitado, pudiera ser que, aun habiendo renunciado a la pensión compensatoria, el cónyuge beneficiario de la misma pudiera reclamar al otro, ahora por distinto concepto, una pensión alimenticia que le asegurara la asistencia para subsistir, y ésta ya de carácter irrenunciable (art. 151 CC), pues como afirma la RDGRN de 10 de noviembre de 1995 “*puede ocurrir que proceda la pensión compensatoria aunque la situación económica de ambos cónyuges no requiera la prestación de alimentos y, a la inversa, que la improcedencia actual de la pensión compensatoria no excluya en el futuro el posible pago del derecho de alimentos*”.

3. La naturaleza contractual del pacto de renuncia.

Resulta innegable que los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria –a los que *supra* nos hemos referido ampliamente como negocios jurídicos a medias de Derecho patrimonial y de Derecho de familia– deben quedar enmarcados en el fenómeno general que en las últimas décadas es posible identificar en los ordenamientos europeos, y al que QUADRI, gráficamente, se refiere como “*contractualización*” del matrimonio (50). Es por ello que desde hace algunas décadas se haya sostenido la necesidad de someter los convenios privados celebrados entre los esposos a la disciplina general reguladora de los contratos; sometimiento *matizado* por el hecho, subrayado por EGEA FERNÁNDEZ (51), de que no nos encontramos contratos comunes, “puesto que tanto por razón de los sujetos, de la finalidad, del contenido y del tiempo que suele transcurrir entre la estipulación y su exigencia, presenta unas características propias”.

(50) QUADRI, E.: “Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare”, *Famiglia. Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 1, gennaio-febbraio 2005, p. 1. En el mismo sentido, SALVADOR CODERCH, P., sostiene la teoría contractualista del matrimonio, con base en el derecho que asiste a cada cónyuge a esperar del otro y del ordenamiento jurídico la garantía de que el cumplimiento voluntario o forzoso del acuerdo lo deje en la misma situación que si el contrato se hubiera cumplido de forma “natural”, de acuerdo a sus propias previsiones. “Comentario al artículo 1 CF”, *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, dir. por EGEA FERNÁNDEZ, J., y FERRER I RIBA, J., Tecnos, Madrid, 2000, p. 56.

(51) EGEA FERNÁNDEZ: “Pensión compensatoria...”, cit., p. 4556.

La autonomía negocial de los cónyuges, como ya hemos señalado, ha experimentado en las últimas décadas una progresiva expansión dentro del ámbito de la familia que, desde la tradicional parcela de las relaciones económicas entre los esposos, ha ido alcanzando nuevos horizontes (por ejemplo, la cada vez más libre imposición de los apellidos).

Esta tendencia a reconocer un margen cada vez mayor a la autonomía privada de los esposos contrasta, sin embargo, con aquella otra que, en aras de la protección de la parte negocial más débil, propugna una intervención directa de los poderes públicos en el área de los contratos. Y es aquí donde es posible cuestionarse cuál sea el papel que debe cumplir el juez al controlar la validez de los acuerdos matrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria: si el de *protector* de la parte más débil de la relación, en este caso el cónyuge que, forzado quizá por la fortaleza psíquica de su pareja, renuncia anticipadamente a cuanto pudiera corresponderle en una futura crisis matrimonial o si tal vez el control judicial debiera ir más allá, proyectando valores de solidaridad y equidad en la relación matrimonial, aun cuando ello suponga privar de fuerza vinculante a los acuerdos voluntariamente queridos por los esposos.

3.1. *El control judicial sobre los elementos esenciales del acuerdo matrimonial.*

La libertad de pacto de los cónyuges queda sometida al régimen general de validez de los contratos previsto en el Código Civil, debiendo reunir el acuerdo conyugal, al igual que cualquier otro pacto, los requisitos esenciales del artículo 1.261 CC; esto es, consentimiento, objeto y causa del contrato. Así lo reconoce, entre otras, la STS de 21 de diciembre de 1998 cuando afirma que “*los convenios así establecidos (entre los esposos) tienen un carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código Civil para toda clase de contratos en el artículo 1.261*”.

Presupuesta la licitud del *objeto* del contrato (52) y la existencia y veracidad de la *causa* del pacto de renuncia —en relación a la tesis que, tímidamente, apunta a la teoría de la sobrevenida desaparición de la causa del pacto de renuncia, cuando las circunstancias existentes en el momento de su celebración han variado sustancialmente respecto al momento en

(52) Respecto a la licitud del objeto del contrato, conviene recordar aquí de nuevo la regla general consagrada en el artículo 1.271 CC sobre la admisibilidad de cualesquiera pactos sobre cosas o derechos futuros; y ello pese a que alguna resolución, como la mencionada SAP Asturias de 12 de diciembre de 2000, haya negado precisamente la virtualidad del pacto de renuncia a la pensión compensatoria con el argumento de estar referida ésta a un derecho “aún no nacido”.

que el renunciante solicita judicialmente su pensión compensatoria, véase *infra* apartado siguiente—, el límite principal a que queda sometido éste vendrá determinado por la necesidad de asegurar la libre prestación del consentimiento por parte del cónyuge renunciante. Y ello porque, como cualquier otro acuerdo privado entre particulares, los pactos (pre)conyugales deben quedar sometidos a las normas generales que regulan la *formación* del contrato en el Código Civil y, muy especialmente, a aquellas tendentes a garantizar la integridad del consentimiento de quien los celebra.

En esta línea, algunos de los ordenamientos jurídicos que reconocen validez y eficacia a los acuerdos matrimoniales han dedicado especial atención a garantizar la libre celebración de estos pactos, con medidas destinadas a evitar la existencia de vicios en el consentimiento de alguno de los contratantes, sobre todo cuando la diferente situación económica inicial de los futuros esposos plantea el riesgo, cierto en no pocas ocasiones, de que uno de ellos se haya prevalido de su situación de superioridad —económica o incluso psicológica— negociadora, forzando la prestación del consentimiento en el otro contrayente o fijando al menos unilateralmente el contenido del pacto. Surgen así limitaciones legales a la duración temporal del acuerdo [que oscilan entre los treinta días anteriores al matrimonio en el caso del Derecho norteamericano al plazo máximo de vigencia de un año desde su celebración en el BGB alemán (53)] o normas especiales sobre la carga de la prueba sobre la nulidad del acuerdo [de nuevo en el Derecho americano es quien reclama el cumplimiento del acuerdo prenupcial quien deberá acreditar la ausencia de vicios invalidantes en el mismo (54)]. Dada la ausencia de especialidades procesales en nuestro ordenamiento, deberá ser la parte que se considera perjudicada por el acuerdo de renuncia, aquel que reclama por tanto el control judicial sobre el mismo, quien deberá probar al Tribunal el uso del dolo o la intimidación (cfr. art. 217 LEC).

De hecho, la ausencia de consentimiento libre y voluntario por quien en su momento renunció a la pensión compensatoria ha sido alegada en no pocas ocasiones ante los Tribunales, como argumento para solicitar la ineficacia del acuerdo de renuncia; sea por error en el entendimiento del pacto —la SAP Madrid de 27 de noviembre de 2002 basó la pretensión de nulidad del acuerdo por el que la esposa renunciaba a la pensión en difi-

(53) En Derecho alemán, es el cónyuge perjudicado por el acuerdo quien deberá demostrar que la reglamentación contractual es fruto de un uso incorrecto por parte del otro cónyuge de su posición de fuerza. *Vid.* NARDONE: “Autonomía privada...”, cit., p. 151.

(54) *Vid.* más extensamente referencias al Derecho comparado en GARCÍA RUBIO: “Los pactos...”, cit., p. 1658.

cultades de ésta con el idioma—, sea por dolo, violencia o incluso por falta de capacidad en la celebración del mismo (la SAP Zaragoza de 21 de abril de 2005 desestimó la pretensión de nulidad del acuerdo de renuncia formulada por la esposa en base al padecimiento de un “estrés postraumático” que impedía el correcto entendimiento de su contenido). Un caso de enfermedad mental de la esposa, declarada judicialmente incapacitada fechas después de la celebración del pacto, sirvió al Tribunal para decretar la ineficacia del acuerdo de renuncia a la pensión compensatoria incluido en el convenio regulador de la separación, pues “si la demandada en el momento de firmarse el convenio regulador carecía de la capacidad necesaria para conocer y querer la renuncia efectuada en dicho momento a percibir pensión de cualquier género, debe declararse ineficaz” (SAP Tarragona de 20 de abril de 2000).

El control de la libre prestación del consentimiento al pacto de renuncia por parte del cónyuge que dispone de su pensión compensatoria, pese a aparecer unánimemente aceptado por la doctrina —hasta el punto de que algunos los consideran el *único* límite verdaderamente existente a los pactos de renuncia de la pensión compensatoria (55)—, plantea no obstante ciertos problemas procesales derivados del modo de proponer la pretensión que, no obstante, los Tribunales han venido salvando en muchas de las soluciones particulares a este tipo de controversias.

En efecto, aunque de la normativa procesal general sobre cuestiones prejudiciales pudiera deducirse que la ineficacia del pacto de renuncia a la pensión compensatoria deba ser formulada en un proceso —civil o incluso penal— independiente, en el que el cónyuge (generalmente renunciante) invoque la existencia de un vicio que invalide su consentimiento, solicitando en consecuencia la ineficacia de la renuncia a la pensión, bajo el régimen y con los plazos de nulidad establecidos en los artículos 1.300 y ss. del Código Civil, en no pocas ocasiones la pretensión de invalidez es presentada, como pretensión adicional o acumulada, en el curso del proceso principal de separación o divorcio del matrimonio. Y es lo cierto que, aun cuando en algún caso el Tribunal ha remitido a las partes al proceso civil correspondiente (véanse SSAAPP Valencia de 26 de mayo de 2000, Valladolid de 19 de febrero de 2000, Asturias de 12 de diciembre de 2000), excluyendo la acumulación de esta pretensión al pleito principal, razones de economía procesal empujan repetidamente al órgano sentenciador a entrar a examinar la validez o no del acuerdo de renuncia, sobre todo cuando la pretensión ha sido formulada expresamente por uno de los cónyuges cuando el plazo de nulidad de cuatro años aún no ha prescrito.

(55) PASTOR VITA: “La renuncia...”, cit., p. 27.

3.2. *La aplicación de la teoría del negocio jurídico: alteración de las bases del acuerdo de renuncia y función reequilibradora del juez.*

La aplicación de la teoría general del negocio jurídico (56) a los pactos matrimoniales –en concreto, aquella enunciada por LARENZ que defiende la desaparición de la causa *objetiva* del mismo por una modificación sobrevenida de las circunstancias o por la frustración del fin del negocio, mediante el denominado principio *rebus sic stantibus*– ha supuesto una importante ampliación del poder de intervención del juez sobre la esfera tradicionalmente reservada a la libertad negocial de los esposos.

Y es que, desde hace algunos años, resoluciones de Tribunales menores (entre ellas las SSAAPP Pamplona de 29 de octubre de 1987 y Barcelona de 21 de diciembre de 1999) han utilizado el argumento de la aparición de *alteraciones sustanciales* en las bases objetivas del convenio suscrito entre los cónyuges para justificar así su inaplicación en el proceso matrimonial donde se debatía años después la pretensión compensatoria (57).

Más recientemente, ha seguido esta misma línea argumental la SAP Granada de 14 de mayo de 2001 cuando afirma que: “Aun cuando este pacto vincula a ambos cónyuges, cuando la esposa presenta la demanda de separación solicita, no obstante, la pensión compensatoria, porque las circunstancias son, a su juicio, ahora muy distintas de aquéllas que sirvieron de base para pactar aquella cláusula. (...) Es un hecho constatado que la esposa, antes de casarse trabajaba, dejando su trabajo al momento de casarse. Desde entonces, la esposa no ha realizado actividad profesional alguna, siguiendo a su marido en los distintos destinos laborales. Esta circunstancia ya es suficiente por sí sola para entender que las bases de la suscripción de aquel pacto han dejado de existir, pudiendo por tanto pedir la pensión compensatoria si se dan las circunstancias previstas en el artículo 97 CC. *Se puede traer aquí a colación la teoría de la base objetiva*

(56) Usamos aquí acríticamente el concepto de negocio jurídico, siendo conscientes en todo momento de la crisis que vive como tal concepto o teoría. Sea como fuere, es en ámbitos como éste del Derecho de familia, respecto de acuerdos o pactos como los que nos ocupan, donde el negocio jurídico demuestra su *utilidad* y puede justificar su supervivencia, tan discutible para algunos (sobre esta cuestión, véase HORNERO MÉNDEZ, C.: “Negocio de fijación jurídica: la supervivencia de la teoría del negocio jurídico. Comentario a la STS 20 de diciembre de 2002 [RJ 2002, 10752]”, *Revista de Derecho Patrimonial*, Año 2003-2, número 11, pp. 167-173).

(57) De hecho, el argumento de la *alteración sustancial* de las circunstancias personales y económicas de alguno de los cónyuges ha venido siendo profusamente utilizado por la jurisprudencia para, con apoyo en el artículo 100 CC, acordar la modificación de medidas judicialmente acordadas tras la separación o el divorcio de la pareja. Con un amplio desarrollo jurisprudencial de los requisitos exigidos para la apreciación de estos hechos nuevos, MONTERO AROCA, J.: *El convenio regulador en la separación y en el divorcio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 348-355.

del negocio jurídico, que puede tener lugar cuando la base o causa que se tuvo en cuenta en el acuerdo negocial desaparece al no tener ya ningún sentido su mantenimiento" (en sentido contrario, la SAP Barcelona de 22 de marzo de 2005).

En efecto, el cambio de circunstancias –personales, familiares o laborales– operado en la vida de alguno de los cónyuges entre el momento en que se suscribió el pacto de renuncia y aquel en el que se pide su efectiva aplicación, puede ser de tal envergadura que justifique, a decisión del órgano judicial, la ineffectividad del convenio de renuncia suscrito entre los cónyuges, por haber devenido éste “injusto” o “irracional” (58) o, quizá más correctamente, por la ausencia de causa en el mismo. Con este argumento los jueces han obviado la eficacia del acuerdo y han entrado a valorar, como en cualquier otro proceso matrimonial de separación o divorcio, si se dan los presupuestos justificadores de la pensión compensatoria previstos en el artículo 97 CC, concediendo ésta, en caso afirmativo, al cónyuge renunciante.

Cierto es que las circunstancias que han justificado esta ineffectividad –tales como el largo lapso de tiempo entre la firma del pacto y su solicitud de aplicación; enfermedades imprevistas de alguno de los cónyuges; nacimiento o adopción de hijos; abandono posterior del trabajo o cambio de residencia– y la presencia en ellas de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para proceder a la aplicación de la doctrina del *rebus sic stantibus* –básicamente, el de la *imprevisibilidad* en la aparición sobrevenida de las mismas, discutida por quienes afirman que las mismas no pueden ser concebidas como hechos “nuevos”, que no pudieron ser tenidos en cuenta al momento de la firma del acuerdo (59)–, exigen su análisis detenido caso por caso y siempre en atención a los intereses en juego. Así, por ejemplo, incluso quienes niegan la virtualidad de las nuevas circunstancias para influir en la eficacia del pacto de renuncia, reconocen la posibilidad de que el juez tome en consideración estos datos a la hora de decidir otras medidas en el proceso matrimonial de separación o divorcio, tales como la cuantía de la pensión alimenticia a los hijos, o la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar.

Más allá de las dudas doctrinales que pueda suscitar la aplicación de la teoría del *rebus sic stantibus* a los pactos matrimoniales de renuncia a la

(58) GARCÍA RUBIO: “Los pactos...”, cit., p. 1672. En el mismo sentido, EGEA FERNÁNDEZ: “Pensión compensatoria...”, cit., p. 4566, afirma que la validez de la renuncia debe entenderse referida a lo que se esperaba obtener de presente y, por lo tanto, no alcanza a las circunstancias sobrevenidas después; es más, se ha de interpretar restrictivamente y siempre en el sentido más favorable al renunciante.

(59) Por todos, PASTOR VITA: “La renuncia...”, cit., p. 54.

pensión compensatoria, la práctica jurisprudencial de los últimos años demuestra que este expediente técnico está sirviendo a los jueces civiles para adoptar soluciones *salomónicas* que, sin negar de forma radical la validez de estos acuerdos –el acuerdo vincula a las partes en la medida en que se mantengan inalterados los presupuestos básicos sobre los que se pactó la renuncia–, moderan sus efectos *inter partes*, con fundamento en un justificado *reajuste* del contenido del convenio en aras de una suerte de *solidaridad posconyugal* (60).

III. Conclusión: el control judicial sobre los pactos de renuncia

El análisis de los límites que deben observarse en la realización de los pactos de renuncia previa a la pensión compensatoria resultaría incompleto si no se tuviese en cuenta que este control es realizado, en la mayoría de las ocasiones, por el juez encargado de decidir sobre la separación y el divorcio, en forma de pretensión adicional o sobrevenida al pleito principal matrimonial. Adición que, amén de las complejas cuestiones que plantea en materia de delimitación del objeto del proceso (véase *supra* la práctica judicial que insiste en ventilar la pretensión de ineficacia del pacto de renuncia en el curso del proceso principal), podría suscitar la posible contradicción de los pactos de renuncia a la pensión compensatoria con la norma general imperativa contenida en el artículo 751.1 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Norma que prohíbe la renuncia, además del allanamiento y la transacción, en los procesos matrimoniales “*salvo en aquellas materias sobre las que las partes puedan disponer libremente*” (apartado 3), excepción entre la que debe entenderse incluida la pensión compensatoria por desequilibrio (61). La admisibilidad de los acuerdos de

(60) En una aplicación menos *moderada* de esta teoría, la sentencia del TC alemán de 11 de febrero de 2004 ampara la tarea reequilibradora del juez, encargándole la función de valorar el posible cambio de circunstancias acaecido en la relación familiar –relaciones de por sí destinadas a durar largo tiempo y que por su naturaleza están fácilmente expuestas a cambios sustanciales– entre el momento de la firma del acuerdo y aquel en que se discute judicialmente su eficacia. Hecha esta valoración, el juez podrá, no sólo no permitir al cónyuge favorecido por el convenio (en este caso de renuncia a la pensión compensatoria) hacer valer dicha cláusula, sino llevar a cabo una auténtica reforma de la disciplina convencional a fin de reequilibrar las posiciones negociales de las partes. NARDONE: “Autonomía privada...”, cit., p. 153.

(61) La excepción contenida en el inciso final admite la renuncia, el allanamiento y la transacción en aquellas cuestiones sobre las que las partes puedan disponer libremente, quedando sometidas éstas a las normas generales sobre disponibilidad de las partes en el proceso (arts. 19 y ss. LEC). Entre ellas habrá que incluir, por tanto, aquellas pretensiones autónomas (aunque sean accesorias) aducidas en pleitos matrimoniales que tengan contenido patrimonial, vgr., las referidas a la pensión compensatoria del artículo 97 CC, el derecho a la indemnización del cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo (art. 98 CC), o las que ver-

renuncia en estas materias deberá, no obstante, ser homologada por el juez, que deberá validar ésta siempre que no sobrepase los límites previstos legalmente, respete el interés general y no conlleve grave perjuicio a terceros (cfr. art. 19.1 LEC 2000).

Sea como fuere, lo cierto es que todo conduce a la decisión judicial; plano éste que es todo menos secundario. Hay que pensar que la validación judicial de estos pactos plantea una *contraposición*, que se encuentra en la misma esencia del proceso civil y que no es otra que la existente entre la capacidad de control del juez y lo que las partes han dispuesto (62).

Y en esta pugna, los jueces siguen teniendo hoy por hoy *la última palabra*. La realidad demuestra que, pese a la validez teórica de este tipo de pactos matrimoniales, su posterior eficacia procesal queda condicionada por una elevada discrecionalidad judicial, que con frecuencia declara la inaplicación del pacto previo de renuncia a la pensión compensatoria con base en los más dispares argumentos jurídicos –existencia de vicios en el consentimiento, contravención de los límites generales a la autonomía de

sen sobre la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial. CORDÓN MORENO, F.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen II, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 755; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *La Ley de Enjuiciamiento Civil. Aplicación práctica*, volumen III, Tecnos, Madrid, 2004, p. 2931; PÉREZ MARTÍN, A. J.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo IV, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 3933.

(62) Este *necesario* control judicial es visto con bastante desconfianza. GARCÍA RUBIO: “Los pactos...”, cit., p. 1673, en su conclusión no alude prácticamente a la cuestión o puede entenderse que es muy vaga –en su opinión el control judicial *ex post* de este tipo de acuerdos debe garantizar el respeto a los límites que no obstan su admisibilidad en nuestro sistema–, frente a la rotundidad con la que se manifiesta PASTOR VITA: “La renuncia...”, cit., p. 55: “Otra cosa es que el juez, en la práctica, revistiéndose de unas funciones que legalmente no le corresponde, argumente con base en el artículo 91 del Código Civil que tales acuerdos no tendrán fuerza vinculante y acuerde la concesión de la pensión, lo que puede ser considerado como una decisión comprensible, pero atentatoria contra la necesaria seguridad jurídica. Creemos, pues que el juez, siendo como es la materia de pensión de derecho dispositivo o voluntario deberá respetar los acuerdos a que hayan llegado los interesados, limitándose a controlar que los pactos alcanzados no sean fruto de presiones, engaños o coacciones, debiendo abstenerse de inmiscuirse en los acuerdos alcanzados por los cónyuges de manera libre y meditada, dado que ellos son los que mejor conocen sus necesidades y posibilidades”. ROCA I TRÍAS: *Familia y cambio social*, cit., pp. 80 a 86, tiene una visión más beatífica de la intervención de los poderes públicos en el Derecho de familia y de los órganos jurisdiccionales específicamente. Después de afirmar que “los poderes públicos deben intervenir para controlar que la actividad de los miembros de la familia no produzca una lesión en los derechos fundamentales de algunos de ellos”, y de señalar que el modelo utilizado actualmente consiste básicamente en “la intervención del juez en los procesos de Derecho de familia”, concluye del siguiente modo: “en un sistema basado en la protección y consiguiente eficacia de los derechos fundamentales, la función del Derecho de familia debe ser la de evitar que los conflictos que se producen en el interior del grupo puedan llegar a lesionar los derechos fundamentales de alguno de sus miembros. Porque el pertenecer a una familia no implica ni la pérdida ni la disminución de ningún derecho. Ésta es la principal justificación de las normas y también lo es de sus características: la imperatividad y la intervención del juez como forma de control de la efectividad del sistema”.

la voluntad, grave perjuicio para el cónyuge renunciante, cambio de las bases del negocio jurídico.

La falta de una interpretación jurisprudencial uniforme podría haber sido corregida en la reciente reforma de las instituciones de crisis matrimonial operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, delimitando claramente el papel que juega la autonomía de la voluntad de los cónyuges con relación a la pensión compensatoria, incluyendo la posibilidad de su renuncia previa. No ha sido así. Y lo que resta es la sensación de que el legislador hubiera querido tener las cosas más claras, más definitivamente claras. Entretanto, debería aspirarse al menos a que el Tribunal Supremo, a través de un recurso de interés casacional, aclare esta cuestión de manera suficiente. Al fin y al cabo, como ha señalado últimamente GALGANO (63), estamos en la era de la *iuridictio* y no más en la de la *legislatio*.

(63) GALGANO, F.: ««Stare decisi» e no nella giurisprudenza italiana», *Contratto e impresa*, 1, 2004, pp. 1-12. La conclusión de GALGANO puede parecer exagerada, pero no tanto...: «Montesquieu, Muratori, Verri sono oggi improponibili. In una società in rapida trasformazione, come quella odierna, l'adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà non può essere rimesso sollo alla sede legislativa. Dalla società si leva, anche sul giudice, una spinta incontenibile, cui il giudice non può sottrarsi, adducendo che una apposita legge non c'è o che, se la legge che c'è è una legge ingiusta, non può il giudice modificarla. [...] Non viviamo più nell'era della *legislatio*; viviamo, uso ora le parole di nostri filosofi, nell'era della *iuridictio* (e al riguardo ricordo Guido Fassò e Incola Matteucci). La soluzione del problema non è, dunque, nel rapporto fra legislazione e giurisprudenza; è, invece, da ricercare all'interno di quest'ultima».

LA RESPONSABILIDAD LEGAL DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL, ¿UN SUPUESTO DE SANCIÓN PRIVADA?

BELÉN CASADO CASADO

Universidad de Málaga

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. **A)** LA RESPONSABILIDAD EX ARTÍCULO 262.5 TRLSA Y 105.5 LSRL. **1.** Precepto sin ningún tipo de parangón histórico. Análisis de la anterior Ley de 1951 de Sociedades Anónimas. **2.** Opinión doctrinal sobre esta medida. **3.** Similitud, diferencias y conjunción con la acción de responsabilidad por daños. **B)** EL ELEMENTO OBJETIVO. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN LEGAL. **1.** Naturaleza y características de la obligación legal del artículo 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL. **2.** Obligaciones legales del administrador y su incumplimiento. Aspecto general. **C)** EL ELEMENTO SUBJETIVO: LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL. **1.** El cargo de administrador. **2.** Otros cargos con posible vinculación a la responsabilidad legal. **D)** EL DAÑO. ELEMENTO REAL, POTENCIAL O ELEMENTO INNECESARIO EN ESTA RESPONSABILIDAD LEGAL. **1.** El daño y otros elementos en las acciones de responsabilidad. **2.** El daño en la acción de responsabilidad ex artículo 262.5 TRLSA y artículo 105.5 LSRL. **E)** LA NUEVA LEY CONCURSAL. EL CONCURSO CULPABLE, LA NUEVA REDACCIÓN DADA A

LOS ARTÍCULOS 262.5 TRLSA Y 105.5 LSRL Y OTRAS SANCIONES PRIVADAS IMPUESTAS EN LA NUEVA LEY. 1. El concurso culpable. 2. La nueva redacción dada a los artículos 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL. 3. Las sanciones privadas impuestas por la nueva Ley Concursal. F) LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y EL DERECHO COMPARADO. 1. Estudio de Derecho comparado. 2. Análisis jurisprudencial. G) LA SANCIÓN EN EL DERECHO PRIVADO Y LA CONFIGURACIÓN COMO TAL DE LA RESPONSABILIDAD LEGAL DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES RECOGIDA EN LOS ARTÍCULOS 262.5 TRLSA Y 105.5 LSRL. Introducción. 1. El concepto de sanción entendido en sentido amplio o entendido en sentido restringido. Conceptualización de la sanción privada. 2. Presupuestos de aplicación y principios rectores. a) *Antijuridicidad*. b) *Culpabilidad*. c) *Principio de tipicidad y función preventivo-punitiva*. d) *Presunción de inocencia y otros principios rectores*. 3. La responsabilidad legal de los administradores sociales desde nuestra consideración de la sanción privada. 4. Naturaleza jurídica de la medida impuesta en los artículos 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL. CONCLUSIONES. ADDENDA. BIBLIOGRAFÍA.

Introducción

Los artículos 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL establecen la consecuencia jurídica que se impone a los administradores de las sociedades de capital por el incumplimiento de la obligación legal de convocar la Junta general o solicitar la disolución judicial de la sociedad. Están obligados los administradores a convocar la Junta general cuando aparecen determinadas causas de disolución de la sociedad, como son: la conclusión del objeto social, la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social o paralización de los órganos sociales, la existencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio social a una cantidad inferior a la mitad del capital social, la reducción del capital social por debajo del mínimo legal, o cualquier causa recogida en los estatutos (art. 262.1 TRLSA en relación con el art. 260.1, 3.º, 4.º, 5.º y 7.º TRLSA). De forma subsidiaria también está obligado el administrador a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando en Junta general no se consiga un acuerdo de eliminación de la causa de disolución existente o de disolución de la sociedad.

Estas obligaciones deben ser cumplidas por el administrador en un plazo de tiempo que señala la Ley de dos meses. Por el incumplimiento de

las mismas, los administradores serán “responsables solidarios de las obligaciones sociales”.

Se han escrito multitud de artículos y monografías sobre esta responsabilidad establecida por Ley a los administradores. La mayor parte de esta bibliografía se centra en su naturaleza jurídica, presupuestos de aplicación o efectos.

No existe antecedente histórico de esta medida en nuestra legislación, ni tampoco en el Derecho comparado, con la excepción del Ordenamiento italiano, que tiene un precepto de alcance similar a este artículo 262.5 LSA o 105.5 LSRL.

La abundante discusión doctrinal sobre el tema y la variada aplicación en la praxis judicial nos hacen ver que no hay nada claro sobre esta normativa, pese a que hayamos observado una opinión mayoritaria en un determinado sentido.

Son muchas las cuestiones que del análisis de estos preceptos pueden surgir, pero nosotros nos centramos en su naturaleza jurídica. Hemos querido ver si se trata de una sanción en el ámbito privado, y si ello es así, cuál es su forma de operar.

La nueva LSA de 1989 no sólo introdujo este precepto que comentamos, sino que también modificó el régimen de la responsabilidad por daños existente en la anterior Ley de 1951. Se pueden reclamar los daños ocasionados por los administradores sociales cuando estos daños se derivan de conductas negligentes, y no sólo para supuestos de negligencia grave, malicia o abuso de facultades.

La finalidad de la norma es evitar la disolución de hecho de sociedades, cosa que era habitual en la práctica y, por tanto, proteger el tráfico mercantil. Protege los intereses de los acreedores sociales y, además, funciona como medida preconcursal, para evitar que la sociedad llegue a una situación de insolvencia y ante problemas de pérdidas patrimoniales, por ejemplo, se tomen las medidas necesarias para que tal situación se solucione.

Desempeña una función preventiva del comportamiento del administrador. El miedo a la aplicación de estas consecuencias jurídicas hará que el administrador cumpla con sus obligaciones, pero también se empieza a afirmar una función de castigo en la misma. Se interpreta que esta responsabilidad solidaria es por cualquier deuda social, ya sea anterior o posterior a que nazca esta obligación para el administrador, y que se trata de una responsabilidad no subsidiaria, esto es, la deuda va a poder ser exigida al administrador con independencia de que la sociedad tenga patrimonio suficiente.

Es esta interpretación de la norma la que, a nuestro entender, lleva a afirmar a la doctrina que su verdadera naturaleza jurídica es la de autén-

tica sanción civil o pena civil, aunque no se llega a dar una opinión sobre lo que los distintos autores entienden por “sanción”.

Los argumentos utilizados para afirmar que esta medida tiene una determinada naturaleza jurídica y no otra son bastantes confusos y, en algunas ocasiones, contradictorios.

Se plantea otra discusión sobre la posible conjunción de esta medida con la responsabilidad por daños del administrador social que recogen los artículos 133-135 TRLSA. En este sentido, algún autor afirma que la aplicación de una medida sustituye a la otra, ya que la responsabilidad legal comentada tiene un cierto carácter indemnizatorio de los daños que hayan podido aparecer, a semejanza de la cláusula penal. La mayoría opina que, al tratarse de medidas diferentes, que atienden a diferente finalidad y función, puede darse perfectamente una aplicación cumulativa.

Hemos querido hacer un análisis de los elementos que la integran. Para ello hemos estudiado la figura del administrador, como órgano personal y como órgano colegiado, el porqué recae sobre él esta medida en contraposición a otros sujetos u órganos de la sociedad a los que igualmente se les puede hacer responsables de la no disolución judicial de la sociedad en forma oportuna. A continuación analizamos la obligación de convocatoria de la Junta general u obligación de solicitar la disolución judicial de la sociedad, otras diferentes obligaciones legales impuestas por esta normativa mercantil de sociedades de capital y las consecuencias diversas que se aplican a la contravención de estos preceptos. Observamos que es necesario la existencia de una deuda social para poder accionar en reclamación de responsabilidad por la vía del artículo 262 TRLSA y 105 LSRL. Estudiamos el daño como elemento necesario en materia de responsabilidad resarcitoria; hemos querido ver si puede darse la existencia de un daño, si bien indirecto o implícito, en los supuestos de reclamación de responsabilidad al administrador por la vía del artículo 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL.

Como último elemento de nuestro análisis hemos estudiado la consecuencia en particular de responsabilidad del administrador por las deudas sociales. Hemos querido comprobar si estamos ante un supuesto de sanción privada, como afirma la mayoría de la doctrina. Para ello hemos creído necesario elaborar un concepto de sanción privada y ver si esta responsabilidad puede encuadrarse en él. Afirmar que esta medida tiene una u otra naturaleza jurídica es importante porque, desde su determinación, podremos interpretar la forma de operar o el funcionamiento de esta responsabilidad legal de los administradores sociales.

A) La responsabilidad ex artículo 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL

1. Precepto sin ningún tipo de parangón histórico. Análisis de la anterior Ley de 1951 de Sociedades Anónimas.

No se observa en la anterior Ley de 1951 un precepto semejante al actual artículo 262.5 TRLSA. El artículo 152 de la antigua Ley de 1951 disponía que: *“Cuando concurren algunas de las causas previstas en los números dos, tres y seis del artículo ciento cincuenta, la disolución de la sociedad requerirá acuerdo de la Junta general adoptado por las mayorías ordinarias. Con este fin, cualquier accionista podrá requerir a los administradores para que convoquen la Junta, si a su juicio existen causas legítimas para la disolución. El acuerdo social podrá impugnarse mediante el procedimiento establecido en los artículos sesenta y siete y siguientes”*. Eran distintas las causas de disolución y diferentes los modos de presión para que la disolución se lleve a efecto. Se requería acuerdo de la Junta y, como forma de presión, cualquier accionista podría requerir a los administradores para que convocaran la misma.

Respecto a la responsabilidad resarcitoria, sólo existía un precepto relativo a la responsabilidad de los administradores, el antiguo artículo 79, donde se afirmaba lo siguiente: *“Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal, y responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave. En cualquier caso estarán exentos de responsabilidad los administradores que hayan salvado su voto en los acuerdos que hubieran causado el daño”*.

Este precepto recogía la responsabilidad indemnizatoria de los administradores por los daños que causaran en su gestión. Se trataba de una responsabilidad por daños, semejante a la disposición actual recogida en los artículos 133-135 TRLSA (1). No existía ningún tipo de responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones legales, sino que la responsabilidad provenía de la causación de un daño a la sociedad, a los accionistas o a terceros implicados.

En el mismo sentido que cualquier responsabilidad resarcitoria eran necesarios la acción u omisión, el daño y la relación de causalidad entre ambos elementos, pero, anteriormente, se hacía derivar la indemnización por daños de conductas graves o especialmente dolosas (2), y, en ocasio-

(1) ALONSO UREBA, A.: “Presupuesto de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, en *Revista de Derecho Mercantil*, 1990, pp. 644 y ss.

(2) GAY DE MONTELLÁ, R.: *Tratado de Sociedades Anónimas*, Estudio y Comentarios a la Ley de 17 de julio de 1951, Jurisprudencia del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección General de Registros, tercera edición, Barcelona, 1962, pp. 363 y ss.

nes, había problemas para demostrar la relación de causalidad entre la acción y el daño ocasionado (3).

En la actual Ley de Sociedades se hace responder a los administradores por los daños causados, incluso en supuestos de negligencia leve (art. 133 TRLSA). Además, se establece un nuevo precepto (art. 262.5 TRLSA) en virtud del cual responden los administradores de las deudas sociales cuando incumplan la obligación establecida en el mismo.

La norma nace para evitar o prevenir la situación de insolvencia de la sociedad (4). Indudablemente, también se consigue proteger al acreedor social; las posibilidades de satisfacción de la deuda serán mayores, ya que la situación económica de la empresa será la adecuada para continuar su funcionamiento o en caso contrario se disolverá.

A pesar de todo lo expuesto, esta medida se viene utilizando inadecuadamente. Se reclama responsabilidad por deudas a los administradores conjuntamente con la sociedad para asegurar el cobro de la deuda, o independientemente al administrador o administradores cuando la sociedad no tiene patrimonio suficiente (5). De esta manera, se hace a los administradores fiadores o garantes de las deudas y lo que realmente pretende la norma es la protección de los acreedores y del tráfico mercantil en general, mediante el mantenimiento preventivo de unas buenas condiciones sociales y una transparencia en el desempeño de las operaciones mercantiles (6).

(3) SACRISTÁN BERGIA, F.: "La naturaleza de la responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución" (SAP de Zaragoza de 8 de julio de 1995), en RDS, número 6, 1996, p. 271; LÓPEZ SANTANA, N.: "Comentario a la STS de 30 de marzo de 2000", en CCJC, número 54, p. 10925; CALBACHO LOSADA, F.: *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, Valencia, 1999, p. 384.

(4) Respecto a esta finalidad de la Ley, BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: *La disolución de la sociedad anónima*, Madrid, 1997, pp. 147 y 148; DÍAZ ECHEGARAY, J. L.: *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid, 1995, p. 516; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: "Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas", en *Derecho de Sociedades en Libro-Homenaje a F. Sánchez Calero*, volumen II, Madrid, 2002, pp. 1447 y ss.

(5) SSTs 398/2002, de 25 de abril, 766/2002, de 18 de julio, 981/2002, de 24 de octubre, 1093/2002, de 14 de noviembre, entre otras muchas.

(6) ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: ob. cit., p. 1442, "En la práctica, los casos más frecuentes de exigencia de responsabilidad a los administradores de las «sociedades de capital» son aquellos de falta de diligencia oportuna concurriendo «pérdidas graves» de capital social. Aunque la responsabilidad legal de los administradores también entra en juego en otros casos de falta de promoción de la disolución de la sociedad"; CALBACHO LOSADA, F.: ob. cit., p. 398. "(...) aunque la insolvencia de la sociedad, y en consecuencia la imposibilidad del acreedor de recuperar su crédito, no es un presupuesto jurídico de la responsabilidad del artículo 262.5, es habitual que el ejercicio de esta acción se plantee en estos casos".

2. Opinión doctrinal sobre esta medida.

Son muchos los artículos y monografías escritos sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, tanto sobre la responsabilidad por daños como sobre la responsabilidad que resulta de la aplicación de estos nuevos preceptos instaurados con el nuevo TRLSA y la nueva LSRL.

Casi todos los autores coinciden en afirmar que estamos en un supuesto de “sanción”, establecida por el ordenamiento cuando se incumplen las obligaciones legales de convocatoria de la Junta o de disolución judicial.

También es afirmada la severidad del precepto y su desvinculación total con cualquier supuesto de responsabilidad por daños (7). Se trata de una responsabilidad diferente a la responsabilidad resarcitoria, que no necesita de la existencia de un daño y que está dirigida al castigo de conductas (8).

Se ha hablado de un supuesto de responsabilidad objetiva; sin embargo, esta mención nos parece totalmente inapropiada (9). Un supuesto de responsabilidad objetiva sería en la medida en que la responsabilidad pueda surgir con independencia de que la actuación de la parte haya sido culpable o negligente y el supuesto que recoge el artículo 262.5 TRLSA es un supuesto típicamente culpable o negligente (10).

(7) BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: “Pérdidas y responsabilidad de los administradores” (comentario a las sentencias de la AP de Zaragoza de 23 de noviembre de 1991 y de la AP de Oviedo de 1 de diciembre de 1992), en *Revista de Derecho Mercantil*, 1992, habla de medida desmesurada; DE EIZAGUIRRE: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, dirigidos por Fernando Sánchez Calero, tomo VIII, Disolución y liquidación. Obligaciones, comentario del artículo 262, Madrid, 1993, afirma que la norma tiene una severidad inaudita y extremada; VICENT CHULIÁ: “Variaciones mercantiles sobre responsabilidad civil de los administradores y auditores en visperas de la unificación concursal”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Civitas, Madrid, 2003, habla de norma que puede ser injusta y extremada, innecesaria e inadecuada, que debe ser modificada o suprimida; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: ob. cit., afirma que impone duras consecuencias.

(8) Entre otros, GIMENO BAYÓN COBOS, R.: *Derecho de Sociedades II*, Madrid, 1998, p. 40; PEÑAS MOYANO, M. J.: “De nuevo sobre la responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad. STS de 22 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9749)”, en RDS, número 15, 2000-2, pp. 250, 251, 252 y 253.

(9) ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: ob. cit., pp. 1437 y ss.: “No estamos en presencia de una responsabilidad objetiva (o cuasiobjetiva), sino de una responsabilidad que se impone por ley a los administradores por el incumplimiento de estos deberes específicos. Se trata además de una responsabilidad personal”.

(10) Entendemos que la omisión o el incumplimiento de esta obligación legal puede ser por sí mismo una actuación negligente del administrador. En el mismo sentido, CALBACHO LOSADA, F.: ob. cit., p. 400; MARÍN DE LA BÁRCENA GARCÍAMARTÍN, F.: “Responsabilidad civil de los administradores de sociedad anónima por incumplimiento de sus deberes en caso de pérdi-

Se sanciona a los administradores con hacerlos responsables de las deudas sociales, tanto anteriores como posteriores a la causa de disolución (11). Se trata de una responsabilidad que surge de una infracción normativa. Estamos ante una responsabilidad que deriva de la Ley para un supuesto determinado: el incumplimiento de una norma imperativa; el elemento determinante de su aplicación es, entonces, esta infracción legal.

Cuando la Ley menciona el hecho de “hacerlos responsables” se refiere a que los considera obligados al pago de la deuda social (12), de manera solidaria, entendiendo, de esta manera, la responsabilidad que genera como consecuencia impuesta a la parte infractora con una repercusión patrimonial de contenido negativo.

Se afirma por la doctrina que se impone por el hecho objetivo del incumplimiento de las obligaciones legales señaladas (13); sin embargo, creemos que aunque la imputabilidad de la conducta se deba a este hecho, deben ser valorados aspectos subjetivos de la conducta en la persona de su autor, como la posible aplicación de causas de exoneración de responsabilidad.

Es una especie de responsabilidad *sui generis*, no subsidiaria al impago o imposibilidad de la sociedad de hacer frente a la deuda (14). Los

das. Comentario a la SAP Madrid (sección 11) de 28 de enero de 2000”, en RDS, número 19, 2002-2, p. 186: “La imputación subjetiva a título de culpa es el factor general de imputación de las consecuencias derivadas del incumplimiento por los administradores de sus obligaciones en el desempeño del cargo, tanto de la obligación de indemnizar el daño causado (el patrimonio social –art. 134 LSA– o al patrimonio individual de socios o terceros –art. 135 LSA–) como de la responsabilidad por deudas (art. 262.5 LSA), sin que, en ningún caso, se puedan aplicar aquí sistemas de imputación objetiva de la responsabilidad (contractual o extracontractual) basados en la idea de riesgo”; ALCOVER GARAU, G.: “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima por las deudas sociales ex artículo 262.5 y los procedimientos concursales”, en RDS, número 8, 1997, p. 267: “La inactividad, además, debe ser negligente, ya que es excesivo defender que se está en presencia de una responsabilidad objetiva”; PRENDES CARRIL, F.: *La sociedad de responsabilidad limitada*, Navarra, 2002, p. 708: “Considero que no estamos ante una responsabilidad objetiva propiamente dicha, sino *objetivada*, pues, sin perder la referencia de la culpa, ésta se halla embebida en el propio incumplimiento”.

(11) ALCOVER GARAU, G.: ob. cit., p. 266.

(12) QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad [art. 262.5, TRLSA (RCL 1989, 2737) (sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 24 de julio de 1995)]”, en RDS, número 5, 1995, p. 274: “Me parece claro que estamos ante una responsabilidad-sanción y no ante una responsabilidad-indemnización. La sanción consiste precisamente en la imputación a los administradores de las obligaciones de la sociedad, quedando introducidos en la relación de ésta con los acreedores”.

(13) CALBACHO LOSADA, F.: ob. cit., p. 400; PEÑAS MOYANO, M. J.: “De nuevo sobre la responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad. STS de 22 de diciembre de 1999”, en RDS, número 15, 2000-2, pp. 253; LÓPEZ SANTANA, N.: ob. cit., p. 10931; QUIJANO GONZÁLEZ, J.: ob. cit., p. 281.

(14) RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., y HUERTA VIESCA, M.^a I.: *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Pamplona, 1998, p. 266.

acreedores podrán dirigirse indistintamente contra la sociedad o contra los administradores. La solidaridad se establece entre los administradores entre sí, en el caso de órgano colegiado, como entre los administradores y la sociedad (15).

La acción para reclamar esta responsabilidad prescribe a los cuatro años, según opinan la mayoría de los autores, resultado de la aplicación del artículo 949 CCom (16).

3. Similitud, diferencias y conjunción con la acción de responsabilidad por daños.

Pese a ser clara la opinión de la doctrina de considerar el supuesto de los artículos 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL como una responsabilidad diferente a la responsabilidad por daños, se discute mucho la cuestión de aplicación cumulativa o sustitutiva de esta responsabilidad legal con la responsabilidad resarcitoria de los artículos 133-135 TRLSA.

Algún autor ha manifestado que esta responsabilidad legal sería algo similar a una cláusula penal o pena convencional, y en este sentido sería siempre sustitutiva de la indemnización por daños, a no ser que expresamente se haya dispuesto otra cosa (art. 1.153 CC) (17).

Hay que tener presente que los requisitos para la aplicación de estos preceptos son diversos: el artículo 262.5 TRLSA sólo puede ser accionado por el acreedor social, para el pago de las deudas sociales, y por el incumplimiento de una norma imperativa con un mandato positivo de convocar la Junta general para acordar la disolución o solicitar la disolución judicial si el acuerdo de la Junta es contrario a la misma. El daño es un elemento que suele aparecer para accionar por esta vía, y este daño al acreedor social puede consistir en la imposibilidad de cobro de la deuda por la sociedad (18); los artículos 133-135 TRLSA pueden ser utilizados no sólo por los acreedores sociales, sino por la sociedad, accionistas o cualquier tercero que haya sufrido un daño por cualquier actuación de

(15) ÁVILA DE LA TORRE, A.: "La responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución de la sociedad anónima: notas sobre el debate jurisprudencial", en RGD, número 636, septiembre 1997, p. 10389; BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: "La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursos en causas de disolución", en *Aranzadi Civil*, número 15, diciembre de 1997, p. 63.

(16) RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., y HUERTA VIESCA, M.^a I.: ob. cit., p. 124.

(17) LÓPEZ SANTANA, N.: ob. cit., pp. 10932 y 10933; PÉREZ CARRILLO, E.: *La administración de la sociedad anónima, obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, Madrid, 1999, p. 159, habla también de esta responsabilidad como un supuesto de pena convencional civil, pero afirma que nunca sería sustitutiva de la indemnización de daños, sino cumulativa.

(18) *Vid.* apartado D), El daño en la responsabilidad legal.

los administradores contraria a la ley, a los estatutos o la realizada sin la diligencia debida.

Los problemas de conjunción de ambos preceptos podrían plantearse cuando la sociedad no puede hacer frente al pago de la deuda social y reclama responsabilidad el acreedor social. El administrador de la sociedad no cumplió con el mandato legal establecido en el precepto comentado y, como consecuencia de ello, la sociedad no puede hacer frente al pago de la deuda social. El acreedor podría fundamentar su demanda en el artículo 262.5 TRLSA, puesto que se ha dado el efectivo incumplimiento de la norma imperativa, o en los artículos 133-135 TRLSA, porque existe un daño que debe ser resarcido.

Si resulta que no se ha incumplido la obligación de convocar o solicitar disolución, o resulta que quien plantea la demanda no es el acreedor social, sino cualquier otro, podrían ser alegados una u otra de las medidas, pero no ambas acumuladamente.

Estimamos que en los supuestos de conjunción de ambas medidas debe darse una aplicación sustitutiva de las mismas, siempre que el montante indemnizatorio exigido coincida con la cantidad exacta de deuda que se reclama en virtud del artículo 262.5 TRLSA, y no en otros casos (19). Por la vía del artículo 262.5 TRLSA reclama el acreedor el importe de un crédito social, y alega también los artículos 133-135 TRLSA para que sea estimada su demanda; la imposibilidad de conseguir la satisfacción de la deuda por la sociedad, debido, por ejemplo, a una insolvencia de ésta, puede ser configurada como daño económico al acreedor social, derivado de una actuación negligente del administrador, aunque puedan producirse otros diferentes daños.

El juez va a fallar en el sentido de que sea pagada la deuda al acreedor social, pero será debida una única cantidad. En la medida que sea estimada la pretensión sancionadora o indemnizatoria queda excluida la posibilidad de posterior reclamación por este concepto. En este sentido decimos que operan de manera sustitutiva.

Pese a esta consideración, pensamos que los problemas de conjunción que aparecen en la práctica judicial entre la responsabilidad que hemos llamado “legal” y la responsabilidad por daños son sólo aparentes, en el siguiente sentido: se demanda para conseguir una única y misma pretensión, esto es, la obtención de un montante económico correspondiente a una deuda debida. La única diferencia es que esta cantidad de dinero reclamada puede tener su fundamento en la aplicación de una sanción pri-

(19) Entre otros autores, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, 1999, p. 70, además de afirmar su naturaleza jurídica de sanción estima que procede una aplicación cumulativa.

vada, o puede tener su fundamento en la aplicación de medidas de responsabilidad por daños. **Se acercan ambos extremos hasta un punto que llegan a confundirse. Lo que está claro es que, si se paga la deuda en virtud del artículo 262.5 TRLSA, no podrá ser reclamada de nuevo por los artículos 133-135 TRLSA, a no ser que se den otro tipo de daños diferentes a los que ocasiona el propio impago de deuda, como serían los posibles daños derivados del incumplimiento.** En este caso, no es que el artículo 265.2 y 133-135 funcionen de manera cumulativa, sino que no se da esta conjunción de ambas medidas.

De igual manera, no se da conjunción de ambas medidas cuando son terceros distintos al acreedor los que accionan en reclamación de daños a la sociedad por la conducta negligente de su administrador, donde los artículos 133-135 funcionan con total independencia del precepto comentado.

B) El elemento objetivo. El incumplimiento de la obligación legal

1. Naturaleza y características de la obligación legal del artículo 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL.

Los administradores estarán obligados a convocar la Junta general cuando concurren determinadas causas de disolución de la sociedad. Así, estarán obligados a convocar Junta general cuando la sociedad concluya su objeto o por imposibilidad manifiesta de realizar el fin social, o paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento; también estarán obligados a convocar la Junta general por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se reduzca o aumente en la medida suficiente, por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, o por cualquier otra causa establecida en los estatutos (art. 262.1 TRLSA en relación con el artículo 260.1, 3.º, 4.º, 5.º y 7.º TRLSA).

Dentro de las funciones que tiene encomendadas el administrador como órgano de gestión y administración, estarán naturalmente las de conocer la situación económica de la sociedad o cualquier eventualidad que surja en su funcionamiento.

Cuando se dan estas causas de disolución de las que hemos hablado, surge por imperio de la Ley una obligación para el administrador: convocar la Junta general en un plazo de dos meses desde la existencia de algunas de estas causas, conocimiento que debe ser obligatorio e inmediato por parte del administrador, ya que va anejo a las obligaciones de su propio cargo.

No olvidemos que se recoge en la Ley la obligación del administrador de convocar Junta general, pero sólo se entiende que está obligado

cuando lo soliciten los socios que representen al menos el cinco por ciento del capital social, en los demás casos es una facultad del administrador y en ninguna medida una obligación (arts. 100 TRLSA y 45 LSRL).

Esta Junta general debe ser convocada con una finalidad en concreto: acordar la disolución de la sociedad, según el tenor literal del artículo 262.5: *“Los administradores deberán convocar la Junta general en el plazo de dos meses para que se adopte el acuerdo de disolución”*. Debe figurar en los puntos del orden del día esta cuestión. Entendemos que no cumplirán con su obligación los administradores que procedan a convocar la Junta general, pero que no informen de la situación de la sociedad o no recojan entre los puntos del orden del día acordar la disolución judicial de la misma. La obligación impuesta al administrador va más allá de realizar la mera convocatoria de la Junta.

Delimita la ley imperativa, tanto el plazo para realizar la obligación (plazo de dos meses), como el acuerdo que se tiene que conseguir en la Junta general (el acuerdo de disolución, o interpretamos que puede ser también un acuerdo tendente a erradicar la causa de disolución (20).

No hubiese sido necesaria la tipificación específica de esta obligación del administrador porque puede deducirse de las funciones que tiene encomendadas con carácter general (gestión y administración de la sociedad).

Hubiera sido mucho más sencillo imponer al administrador la obligación de solicitar la disolución judicial de la sociedad sin ningún otro tipo de mención, pero el precepto intenta prevenir la disolución judicial de la sociedad, consiguiendo un acuerdo favorable a la eliminación de las causas de disolución existentes.

El administrador, sin embargo, no responderá en los supuestos en que este acuerdo de disolución no es conseguido. Serán los socios los que voten a favor o en contra del acuerdo y puede que no intervenga en ello la voluntad del administrador. En estos casos, no llega a producirse la infracción normativa que desencadena la imposición del precepto sancionador.

El acreedor social que ha sufrido un daño como consecuencia de la conducta de estos socios que votaron en contra del acuerdo de disolución podrá pedir responsabilidad indemnizatoria a la sociedad, pero no nace

(20) ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: ob. cit., pp. 1437 y ss., *“Si la sociedad aumenta o reduce el capital social en la medida suficiente decae la obligación de disolución. El acuerdo de aumento o de reducción es pues condición necesaria pero no es condición suficiente, se requiere la ejecución de ese acuerdo, es decir, que el capital efectivamente se aumente o se reduzca en la medida suficiente. El aumento o la reducción existen aunque todavía no hayan accedido al Registro Mercantil”*; BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: *“Pérdidas y responsabilidad...”*, ob. cit., pp. 471 y ss., y *La disolución de la sociedad anónima*, Madrid, 1997, pp. 147 y ss., habla de medida preconcursal, para evitar la disolución efectiva de la sociedad. Si se consigue adoptar un acuerdo de aumento o reducción del capital social, por ejemplo, se consigue evitar la disolución efectiva de la sociedad.

el hecho generador de la imposición de la sanción privada que estamos comentando porque no se ha dado el incumplimiento de la norma imperativa.

No obstante, si seguimos leyendo el precepto comentado, vemos que los administradores responderán también solidariamente si “*no solicitan la disolución judicial de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución*”. Está igualmente obligado el administrador a solicitar la disolución judicial de la sociedad si el acuerdo de disolución no se ha conseguido.

Responde entonces el administrador, cuando no se consigue el acuerdo de disolución y no solicita, con posterioridad, la disolución judicial. La obligación del administrador va a consistir en convocar la Junta para adoptar un determinado acuerdo o solicitar la disolución social si este acuerdo de disolución no es aprobado en la Junta.

Si no se aprueba en Junta la disolución judicial de la sociedad y el administrador no solicita la disolución, estimamos que responderán los socios que votaron en contra del acuerdo del resarcimiento de los daños que tal actuación haya podido causar al acreedor, e igualmente responderá el administrador de la deuda social por esta infracción legal.

2. Obligaciones legales del administrador y su incumplimiento. Aspecto general.

Según los artículos 128 y 129 TRLSA, los administradores tienen encomendada la representación de la sociedad en juicio o fuera de él, y esta representación se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos.

Dentro de esta facultad de representación general, los artículos que vamos a comentar imponen unas obligaciones específicas expresamente mencionadas. La razón de esta mención aparte obedece a la imposición de una consecuencia a la infracción que aparece tipificada en la normativa mercantil.

Ejemplo de ello, además de los artículos 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL, se encuentra en el artículo 89 TRLSA, en sus apartados 2 y 3. Se impone a los administradores el cumplimiento de las normas relativas a los negocios sobre las propias acciones y se sanciona si estas normas no son cumplidas (21).

(21) HURTADO COBLES, J.: *La responsabilidad de los administradores societarios en el ámbito civil y social*, Barcelona, 1998, pp. 62 y 63, enumera obligaciones que impone la LSA al administrador, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad.

Otro ejemplo lo encontramos en el artículo 100 TRLSA y artículo 45 LSRL. Ambos preceptos recogen la obligación del administrador en unos casos, y la facultad del administrador en otros, de convocar la Junta general para la adopción de acuerdos. Así el artículo 100 TRLSA dispone que los administradores *“podrán”* convocar la Junta general extraordinaria siempre que lo estimen conveniente para los intereses sociales, y *“deberán asimismo convocarla cuando lo soliciten los socios que sean titulares de al menos un cinco por ciento del capital social”*. El artículo 45 LSRL establece igualmente la facultad de los administradores de convocar la Junta general, y la obligación de convocarla cuando lo soliciten los socios que representen al menos el 5 por 100 del capital social.

El artículo 55 LSRL recoge la obligación de los administradores de levantar acta notarial de lo decidido en la Junta siempre que lo soliciten los socios que representen al menos el 5 por 100 del capital social, cinco días antes del previsto para celebrarla.

El artículo 124 TRLSA establece las prohibiciones para ejercer el cargo de administrador: prohibición que tienen los quebrados o concursados no rehabilitados, los menores o incapacitados, los condenados a penas que lleven aneja la inhabilitación para el ejercicio del cargo público, los que hubiesen sido condenados por grave incumplimiento de las leyes o disposiciones sociales y aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio. Tampoco podrán ser administradores de las sociedades los funcionarios al servicio de la Administración con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de la sociedad de que se trate. Si bien no todos los supuestos pueden entenderse como obligaciones al administrador, sí lo son algunos de ellos (22).

El artículo 65 LSRL recoge un supuesto de obligación en sentido negativo o de prohibición para el administrador: el administrador no puede dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad.

(22) Precepto modificado por la disposición final vigésima de la nueva Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, y que queda como sigue: *“No pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socio-económico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio. Tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces y magistrados y demás personas afectadas por una incompatibilidad legal”*.

La consecuencia que el artículo 89 TRLSA establece a la infracción de la norma es una multa, una sanción administrativa para la sociedad que no cumple con las obligaciones o prohibiciones establecidas, pero posteriormente el precepto hace referencia a que serán responsables de la infracción los administradores (23). Esta responsabilidad no alcanza a la multa, sino a los posibles daños que tal actuación infractora pueda causar (24).

Ambos supuestos constituyen obligaciones del administrador: la de los artículos 262.5 y 105.5 es la de convocar la Junta o disolver la sociedad en un plazo de tiempo, la del artículo 89 es la de velar por una gestión sobre las acciones propias de la sociedad sin violar los mandatos legales o prohibiciones sobre las mismas. No obstante, las consecuencias que la Ley establece para la infracción normativa son muy diversas. Por un lado observamos la imposición de una medida de naturaleza sancionadora, según afirma la mayoría de la doctrina. Esta sanción es impuesta al administrador social. Se trata, por tanto, de una medida de carácter personal y de consecuencias punitivas. Por otro lado, vemos la conjunción de una sanción administrativa a la sociedad (multa pecuniaria) con la responsabilidad civil resarcitoria a los administradores (25).

Respecto a las demás obligaciones como la de convocar la Junta general en cualquier caso, la Ley establece en su artículo 45.3, párrafo segundo, la convocatoria judicial de la Junta cuando igualmente lo soliciten un número de socios que representen el 5 por 100 del capital social. Estimamos, sin embargo, que también en estos casos le podrá ser exigida responsabilidad resarcitoria a los administradores si con esta falta de convocatoria se causan daños a la sociedad, en virtud de los artículos 133-135 TRLSA o artículo 69 LSRL.

Respecto a las prohibiciones legales para desempeñar el cargo de administrador, los administradores que desempeñen el cargo estando incurso en una prohibición legal podrán ser cesados de sus funciones conforme al artículo 65.2 LSRL o al artículo 132 TRLSA.

(23) PANTALEÓN PRIETO, F.: *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, tomo XIV, Régimen de las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada, Madrid, 1999, comentario al artículo 42 de la LSRL, precepto semejante al artículo 89 TRLSA, pp. 495 y ss.

(24) Responden los administradores frente a la sociedad, accionistas o terceros, que se hayan visto dañados por esta actuación. La multa a la sociedad podrá considerarse daño económico a ésta, pero para que los administradores pasen a responder de estos daños deben demostrar todos los elementos necesarios de la responsabilidad, esto es: una acción u omisión, un daño, y la relación de causalidad entre la acción del administrador y el daño económico producido.

(25) Estimamos que la referencia a la responsabilidad resarcitoria que hace este precepto no es más que una reiteración de las normas sobre responsabilidad por daños ya recogidas en esta Ley.

En los demás supuestos de obligaciones legales no se recogen más consecuencias legales que aquellas que puedan derivar de accionar en reclamación de responsabilidad civil cuando tal actuación antijurídica cause daños, pero sin olvidar el elemento del daño como requisito esencial para que haga surgir la responsabilidad resarcitoria.

El análisis de estos preceptos nos lleva a las siguientes conclusiones:

— Existen multitud de obligaciones específicas derivadas del cargo de administrador, de acuerdo con las funciones de gestión y administración que tienen encomendadas.

— No todas estas funciones se encuentran recogidas de forma expresa en la normativa mercantil; son sólo algunas las que se mencionan específicamente.

— Las consecuencias que se van a derivar de la infracción de estas disposiciones legales son muy diversas. Unas están directamente relacionadas con la imposición de sanciones privadas, como sería la de responsabilidad legal por no convocatoria o no disolución del artículo 262.5 y 105.5, o la de cesación del cargo de administrador, y otras consecuencias van a desembocar en una responsabilidad civil resarcitoria.

— La aplicación de una sanción privada va a requerir siempre la expresa mención de la norma de obligado cumplimiento y la expresa mención de la consecuencia a imponer por esta vulneración normativa.

— Existen normas imperativas que pueden establecer obligaciones legales sin imponer ninguna consecuencia sancionadora a la infracción normativa (excluyendo de la consideración de sanción a los supuestos de responsabilidad civil resarcitoria).

— La imposición de responsabilidad civil resarcitoria no requerirá tipificación expresa de la misma. Podremos exigir responsabilidad civil cuando la infracción se concreta en la existencia de un daño conforme al artículo 1.902 CC. No es la infracción de la norma la que nos lleva a imponer la responsabilidad civil, sino el daño el elemento que fundamenta la aplicación de esta medida.

— No siempre la imposición de la responsabilidad civil se va a derivar de una conducta antijurídica, entendiendo con ésta la conducta contraria a la norma imperativa, sino que puede derivarse supuestos de responsabilidad sin esta antijuridicidad.

— Las conductas antijurídicas pueden venir expresamente recogidas en las normas, sin que todas ellas vayan a desembocar en medidas sancionadoras, pero sí, en su mayoría, le serán impuestas medidas resarcitorias del daño que puedan causar.

Se podría pensar, afirmadas estas conclusiones, que la responsabilidad civil va a funcionar como sustitutivo a la sanción civil allí donde esta última no es impuesta; sin embargo, esta conclusión debemos rechazarla. Pueden darse conductas que no sean antijurídicas e igualmente hagan surgir la responsabilidad por daños, y pueden darse conductas antijurídicas que lleven aparejadas tanto una sanción como una medida reparadora del daño.

C) El elemento subjetivo: Los administradores de las sociedades de capital

1. El cargo de administrador.

El administrador es el órgano de la sociedad con funciones de gestión y de representación de la misma (26). Es lógico que dentro de las funciones de gestión y representación sean los administradores los obligados a convocar la Junta general para debatir cualquier tema. Son los administradores los que exclusivamente pueden convocar la Junta general por su propia voluntad o cuando algún accionista se lo pida, pero son éstos los directamente obligados a convocarla (27).

La obligación legal de los administradores de convocar la Junta general o de solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando aparecen las causas de disolución señaladas en los artículos 260.3.º, 4.º, 5.º y 7.º, conforme a lo dispuesto en el artículo 262.1 TRLSA, no carece de sentido en estos términos. Únicamente hace referencia la Ley a la posibilidad de cualquier interesado de pedir la disolución judicial de la sociedad, como medida última y subsidiaria cuando no se proceda a convocar la Junta general o el acuerdo haya sido contrario a la disolución (art. 262.3 TRLSA).

El administrador de la sociedad puede ser accionista de la misma, pero no tiene que darse esa cualidad necesariamente (art. 123.2 TRLSA). El administrador que a su vez sea accionista de la sociedad va a responder de

(26) VICENT CHULIÀ, F.: *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, tomo I, volumen 1.º, tercera edición, Barcelona, 1991, pp. 621 y ss.

(27) El artículo 45 LSRL establece la obligación de los administradores de convocar la Junta general. El artículo 100 TRLSA señala la facultad de convocar la Junta general extraordinaria de accionistas a los administradores cuando así lo estimen conveniente para los intereses de la sociedad, y la obligación de convocarla cuando lo soliciten los socios que sean titulares de al menos un 5 por 100 del capital social. Si nos vamos a los artículos objeto de estudio, vemos que tanto el artículo 262.2 TRLSA, como el artículo 105.2 LSRL, imponen como obligación a los administradores la de convocar la Junta general cuando aparecen causas de disolución. Son los administradores los que van a conocer las cuentas anuales y van a observar la situación patrimonial de la empresa ante una posible disolución por pérdidas, como pudiera ser el caso.

las deudas sociales con su propio patrimonio en el caso en que incumpla la obligación legal de convocar la Junta o disolver la sociedad. Esta extensión de responsabilidad por deudas más allá del patrimonio social no supone romper con el principio de separación de patrimonios recogido por el artículo 1 TRLSA, ya que se imputan por ser administrador y no por su cualidad de socio accionista, funcionando de manera totalmente independiente (28).

Cuando son más de dos o de tres los administradores de la sociedad (tres para el caso de sociedades de responsabilidad limitada), la gestión y representación de la misma va a ser encomendada al Consejo de Administración como órgano colegiado (art. 136 TRLSA y art. 57.1 LSRL). Nos preguntamos si, en estos casos, la obligación legal de convocatoria y disolución, que se extiende al Consejo de Administración de forma conjunta y no de forma personal a cada una de las personas que lo componen, puede no serle imputable a uno de sus miembros que votó en contra o se opuso al acuerdo.

Si uno de los miembros del Consejo de Administración se opuso expresamente al acuerdo, no responderá por estas deudas sociales. No se da una actuación culpable de este administrador que ocasione el nacimiento de la responsabilidad legal (29).

2. Otros cargos con posible vinculación a la responsabilidad legal.

Ya hemos apuntado anteriormente la razón de ser de esta imputación legal al cargo de administrador; sin embargo, aunque ésta haya sido la decisión del legislador, no vemos la razón para que esta responsabilidad legal no se haya impuesto a otras personas con importante vinculación a la sociedad, como pueda ser a los diferentes cargos directivos, o incluso a los propios accionistas que votaron en contra del acuerdo de disolver la sociedad o de eliminar la causa de disolución existente.

Así el artículo 89 TRLSA, respecto a las consecuencias a imponer por la vulneración de las estipulaciones legales sobre los negocios sobre las propias acciones, señala en su apartado tercero que: *“Se reputarán como responsables de la infracción a los administradores de la sociedad infrac-*

(28) DE ELZAGUIRRE, J. M.ª: ob. cit., pp. 65 y ss.

(29) Vid. artículo 133.2 TRLSA. También el artículo 79 de la antigua Ley de 1951 disponía: *“Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal, y responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave. En cualquier caso estarán exentos de responsabilidad los administradores que hayan salvado su voto en los acuerdos que hubieran causado el daño”*.

tora y, en su caso, a los de la sociedad dominante que hayan inducido a cometer la infracción. Se considerarán como administradores, no sólo los miembros del Consejo de Administración, sino también los directivos o personas con poder de representación de la sociedad infractora". Como podemos observar, se va a hacer responsables a los órganos directivos de la sociedad por una infracción que también afecta a las facultades de gestión de la sociedad.

Esta extensión de responsabilidad a los órganos directivos podría haberse hecho, de la misma manera, para los supuestos de responsabilidad legal de los artículos 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL; sin embargo, el legislador no opta por esta decisión.

Puede ser que el legislador decidiera no incluir a los órganos directivos de la sociedad porque pensara en una posible violación del principio de separación de patrimonios del artículo 1 TRLSA, para el supuesto de que estos órganos directivos sean a su vez accionistas o socios de la sociedad. Sin embargo, éste no debe ser el motivo porque se hace responsable al administrador, que, igualmente, puede ser accionista.

En el mismo sentido podría hacerse responsable al socio que votó en la Junta general en contra del acuerdo de eliminación de las causas de disolución o de la solicitud de disolución judicial (30).

Las anteriores consideraciones no impiden que se pueda reclamar responsabilidad por daños, tanto al órgano directivo como al socio que votó en contra del acuerdo por la vía del artículo 1.902 CC.

Hemos entendido que el principio de separación de patrimonios no se vería vulnerado en el caso de administrador-accionista, puesto que esta responsabilidad legal se va a imponer en cuanto que es administrador de la sociedad y no por su condición de socio. La violación del principio de separación de patrimonios sería total si se aplica esta responsabilidad legal a los socios que votaron en contra del acuerdo.

El artículo 89.3 TRLSA recoge un supuesto de responsabilidad por daños, reiterativo a nuestro entender de los artículos 127 y 133 del TRLSA.

Las razones de la no extensión de responsabilidad legal al órgano directivo pueden estar, únicamente, en que sea suficiente la aplicación de esta medida al órgano de administración de la sociedad para salvaguardar el interés jurídico que protege la norma.

(30) En el mismo sentido, MORA MATEO, J. E.: "Responsabilidad civil del administrador de la sociedad anónima", en RGD, número 591, p. 11864, recoge la ausencia de regulación en la Ley de responsabilidad de los socios en supuestos de infracapitalización material, que les fuera imputable a título de culpa.

D) El daño. Elemento real, potencial o elemento innecesario en esta responsabilidad legal

1. El daño y otros elementos en las acciones de responsabilidad.

Para que nazca el supuesto de responsabilidad civil es necesario la concurrencia del daño como elemento imprescindible. Debe darse la existencia de un daño al que hay que resarcir, daño que puede ser económico, físico, moral, etc.

Si bien el daño es el elemento imprescindible, también aparecen otros elementos necesarios, como son: la acción antijurídica y culpable y la relación de causalidad entre la acción u omisión realizada y el daño provocado.

La responsabilidad por daños de los administradores viene recogida en los artículos 133-135 TRLSA. Esta acción procede sea cual sea la obligación incumplida, concurriendo siempre un daño efectivo sobre la sociedad, un accionista o un acreedor.

Un ejemplo de daño del cual responden los administradores de la sociedad puede darse cuando los acreedores de la sociedad no ven satisfechos sus créditos por una acción negligente del administrador. El administrador concertó créditos con ellos en una situación económica delicada, y, como consecuencia de su mala gestión, la sociedad ha incurrido en pérdidas graves, viéndose imposibilitada para el pago de algunas de sus deudas. La actuación de mala gestión del administrador es la directamente causante del daño; en este caso, el daño consiste en la imposibilidad de cobro del crédito por el acreedor.

Sólo será posible la acción de responsabilidad del acreedor por el daño consistente en la imposibilidad de cobro del crédito cuando la sociedad no tenga patrimonio para hacer frente a la deuda. Así, en estos casos, la acción de responsabilidad al administrador funciona siempre de manera subsidiaria, no porque sea propiamente una acción subsidiaria, sino porque el daño efectivo únicamente aparece cuando no hay patrimonio en la sociedad.

Además de esta imposibilidad de cobro de la deuda como daño efectivo al acreedor, será necesario que sea la actuación del administrador la que directamente haya producido que el acreedor no pueda cobrar su deuda, esto es, es necesario la efectiva relación de causalidad entre la acción negligente o antijurídica realizada y el daño ocasionado.

El daño puede recaer sobre la sociedad, o individualmente sobre los accionistas o los acreedores. Es por ello que la Ley recoge un supuesto de responsabilidad social, por daños causados a la sociedad, y de respon-

sabilidad individual por daños causados a los accionistas, a los acreedores o a cualquier tercero (31).

En ocasiones puede ocurrir que de una misma actuación se deriven varios daños, por ejemplo, a la sociedad y a los acreedores; sería el caso, continuando con el supuesto anterior, de una mala gestión de los administradores que hiciera que el patrimonio social incurriese en pérdidas. En estos casos, la sociedad podrá accionar en reclamación de responsabilidad social contra los administradores, y los acreedores perjudicados podrían accionar también en reclamación de responsabilidad individual por el daño sufrido por la imposibilidad de cobro de sus créditos.

Distinta a la acción de responsabilidad individual de los acreedores será la acción social de responsabilidad. Esta acción podrá ser ejercitada también por los acreedores por perjuicios ocasionados contra la sociedad, cuando los accionistas o la propia sociedad no proceda a su reclamación. Es una especie de acción subrogatoria de los acreedores sociales (art. 134.5 TRLSA). El ejercicio de la acción social por los acreedores se debe al posible daño posterior al acreedor. Imaginemos el supuesto de una actuación negligente o contraria a los estatutos del administrador que ocasiona un daño directo a la sociedad. El daño directo a la sociedad va a consistir en una importante reducción del patrimonio social. Si la propia sociedad o los accionistas no deciden ejercitar la acción social de responsabilidad contra el administrador culpable, el perjuicio económico sufrido no se vería resarcido. El acreedor ejercita la acción social de responsabilidad y consigue que la sociedad sea compensada económicamente por el daño. Ello directamente interesa al acreedor para el posterior cobro de su deuda, y es este interés el que legitima al mismo para accionar, legitimación recogida expresamente en la Ley.

Si esta acción social no es ejercitada o su ejercicio no impide el daño al acreedor, porque, de igual manera, no pueda cobrar su crédito, éste conserva la posibilidad de reclamar responsabilidad al administrador por la lesión o daño efectivo.

2. El daño en la acción de responsabilidad ex artículo 262.5 TRLSA y artículo 105.5 LSRL.

Es opinión mayoritaria que la acción de responsabilidad legal no necesita de la existencia de un daño (32). Esta responsabilidad se va a im-

(31) GARRETA SUCH, J. M.^a: *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, Madrid, 1991, pp. 71 y ss.

(32) ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: ob. cit.; BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: "Pérdidas y responsabilidad...", ob. cit.; VICENT CHULIÁ, F.: "Variaciones mercantiles...", ob. cit.; MACHADO PLAZAS, J.:

poner a los administradores por el hecho del incumplimiento de su obligación legal de convocar la Junta general o solicitar la disolución judicial de la sociedad, sin entrar a valorar si de esta conducta se deriva un daño efectivo.

Se afirma, además, que se trata de un supuesto de responsabilidad distinto a la responsabilidad resarcitoria de los artículos 133-135 TRLSA (33), ya que se impone para asegurar o garantizar el cumplimiento de una obligación legal y no para resarcir un posible daño que se haya causado; con una finalidad preventiva y punitiva, no con una finalidad resarcitoria.

En la práctica judicial, los supuestos en que aparece esta reclamación de responsabilidad a los administradores por falta de convocatoria de la Junta o disolución, van unidos, en la mayoría de ocasiones, a la reclamación de la deuda a la sociedad (34). Se utiliza la vía indistinta de reclamar la deuda a la sociedad y a los administradores porque, de este modo, los acreedores se aseguran el cobro del crédito. El Tribunal va a proceder a declarar a ambos como responsables solidarios.

También afirma la doctrina que la responsabilidad legal de los administradores no es subsidiaria al pago de la deuda por la sociedad. El Tribunal podrá condenar a la sociedad o a los administradores indistintamente, con independencia de que la deuda sea contraída por la sociedad y no por estos últimos (35).

Nosotros afirmamos que podría darse un supuesto de daño en esta responsabilidad legal si esta responsabilidad de los administradores funcionara de manera subsidiaria, para cuando la sociedad carezca de patrimonio suficiente. El daño consiste en la imposibilidad de cobrar el crédito por los acreedores cuando le reclaman el pago a la sociedad.

Se puede accionar también por la vía de la responsabilidad legal de los artículos 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL cuando, además de existir un daño material determinado, el administrador ha incumplido la obligación legal de convocar la Junta o disolver la sociedad. En estos casos, a la acción de responsabilidad resarcitoria por daños se une la alegación de los artículos 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL. El acreedor se asegura el cobro del

Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales, Civitas, Madrid, 1997; CALBACHO LOSADA, F.: ob. cit., ...

(33) SAP de Barcelona, de 25 de febrero de 1998: "(...) El artículo 262 de la Ley no es una responsabilidad por daño sino una sanción por la pasividad del administrador prolongada durante un corto período de tiempo, dos meses".

QUIJANO GONZÁLEZ, J.: ob. cit., pp. 265 y ss.

(34) SSTs 104/2004, de 20 de febrero; 158/2004, de 1 de marzo; 328/2004, de 7 de mayo; 741/1999, de 21 de septiembre.

(35) ÁVILA DE LA TORRE, A.: ob. cit., p. 10389; BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: "La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incurso en causas de disolución", en *Aranzadi Civil*, número 15, diciembre de 1997, p. 63.

crédito, ya que, ante la posible dificultad de demostración de los elementos necesarios en los supuestos de responsabilidad por daños (acción, daño, relación de causalidad...), se va a declarar responsables a los administradores de la deuda contraída, en virtud de los preceptos comentados. En estos supuestos no aparece ya un daño implícito, como en el supuesto anterior de responsabilidad subsidiaria, sino un daño material y determinado. Se elimina, de este modo, el problema existente con la anterior Ley de la dificultad de probar la relación de causalidad entre la acción del administrador y el daño producido.

En los supuestos de responsabilidad de los artículos 133-135 TRLSA, el daño puede provenir de cualquier actuación de los administradores contraria a la Ley o a los estatutos o realizada sin la diligencia debida. En la acción de responsabilidad legal de los preceptos comentados, el origen del daño sería específicamente la actuación de administrador de incumplir la obligación legal de convocar o disolver la sociedad.

La acumulación de acciones que se hace en la práctica jurisprudencial nos demuestra que, en la mayoría de los casos, cuando se acciona por la vía del artículo 262.5 LSA o 105.5 LSRL aparece un daño. Este daño sólo será relevante a los efectos de esta responsabilidad que hemos llamado legal si proviene de la actuación del administrador de haber incumplido el mandato imperativo que establece la Ley de convocar la Junta o disolver la sociedad.

El hecho de que aparezca el elemento del daño en esta responsabilidad legal no nos puede hacer afirmar la catalogación de estos daños como daños punitivos, pese a que los preceptos comentados puedan ser típicamente sancionadores o castigadores de la actuación del administrador. La razón de ello es que esta figura no existe en el Derecho español y, fundamentalmente, que no obedece a los caracteres propios de la misma, ya que la cuantía a resarcir no va más allá del daño efectivo producido. No existen en nuestro país elementos punitivos en el Derecho de daños; el elemento punitivo vendría de la aplicación de una sanción privada.

E) La nueva Ley Concursal (36). El concurso culpable, la nueva redacción dada a los artículos 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL y otras sanciones privadas impuestas en la nueva Ley

1. El concurso culpable.

Con la nueva Ley Concursal, las situaciones de insolvencia mercantil tales como la quiebra o la suspensión de pagos desaparecen y será el con-

(36) Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

curso el único procedimiento establecido para los casos de insolvencia del deudor, sea éste comerciante o no comerciante (37).

Están legitimados para solicitar la declaración de concurso el deudor, sus acreedores, o los administradores en el caso de las personas jurídicas (art. 3 Ley Concursal). Esta facultad se convierte en un deber legal para el deudor y para los administradores de la sociedad. El deudor tiene la obligación de solicitar la declaración de concurso desde el momento en que conociera o debiera conocer su estado de insolvencia, y además, se le impone un plazo de tiempo para ello, “... dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia” (art. 5 LC) (38).

El legislador establece este mandato al deudor de solicitar la declaración de concurso, e impone unas consecuencias para el incumplimiento. Entre ellas, procede a calificar el concurso como culpable, con las repercusiones sancionadoras que esta calificación va a conllevar.

Recoge la nueva Ley dos calificaciones del concurso: concurso fortuito y concurso culpable (39) (art. 163.2 LC). Se califica el concurso como culpable, según el artículo 164 de la Ley, cuando interviene dolo o culpa grave del deudor (40) en la generación o agravación del estado de insolvencia. Se determinan también una serie de circunstancias que harán que el concurso se califique, en todo caso, de culpable (art. 164.2 LC) (41)

(37) Con la entrada en vigor de la nueva Ley Concursal, se produce la superación de la diversidad de instituciones concursales, para comerciantes y para no comerciantes. Medida justificada por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil y por una tendencia a simplificar el procedimiento, según se recoge en la misma Exposición de Motivos de la Ley. Sólo existirá concurso, no existirá la quiebra ni la suspensión de pagos.

(38) VILA FLORENSA, P.: *Nueva Ley Concursal*, coordinados por Sala, A.; Mercadal, F.; Alonso-Cuevillas, J.: Barcelona, 2003, comentario al artículo 5, p. 91; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.: *Derecho Concursal Práctico*, coordinado por Fernández-Ballesteros M. A.: “Comentario al artículo 5”, Madrid, 2004, p. 37: “No es ya el concurso –como lo eran la quita y espera y la suspensión de pagos– un beneficio que corresponde exclusivamente al deudor sino una obligación jurídica a la que, si es incumplida, el derecho anuda sanciones específicas”.

(39) También se habla de concurso voluntario y concurso necesario en el artículo 22. Se llama concurso voluntario a aquel concurso que es solicitado por el deudor o los administradores de la sociedad, o son éstos los que presentan la primera solicitud de declaración de la situación de concurso. El concurso es necesario cuando lo solicitan otros legitimados para su declaración, como puedan ser los acreedores del deudor.

(40) Cuando hacemos referencia al incumplimiento de la obligación por el deudor, entendemos incluido el incumplimiento realizado por los administradores de sociedades.

(41) Artículo 164.2: “En todo caso el concurso se calificará como culpable cuando concurre cualquiera de los siguientes supuestos:

1.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de la contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.

2.º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos

(42). En el artículo 165 LC se recogen unas presunciones de culpa grave o dolo en el deudor, que provocarán la calificación del concurso como culpable a no ser que se demuestre lo contrario. Entre estas presunciones *iuris tantum* se encuentra el incumplimiento por el deudor del deber de solicitar la declaración de concurso. Nos encontramos entonces con el siguiente supuesto: cuando el deudor o administrador de la sociedad incumple el deber legal de solicitar la declaración de concurso (art. 5 LC), por el hecho del incumplimiento, se presume, salvo prueba en contrario, que participó de forma intencionada o culpable en la generación o agravación de la situación de insolvencia.

A estas consideraciones añadimos que en el artículo 166 de la nueva Ley se establece determinadas personas o cargos que son considerados cómplices del deudor: *“las personas que con dolo o culpa grave hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales, y el caso de persona jurídica con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable”*.

Nos encontramos con un auténtico sistema punitivo en el ámbito privado de legislación mercantil, que va a sancionar conductas infractoras de la Ley imperativa. Castiga a autores, cómplices o cooperadores necesarios que realizan actuaciones que van a dar lugar a la calificación del concurso como concurso culpable, ya que generan o agravan el estado de insolvencia de la sociedad [las presunciones de dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia recaen sobre estas conductas, y ello desemboca en una posterior calificación del concurso como culpa-

acompañados a la solicitud de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.

3.º *Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado.*

4.º *Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.*

5.º *Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor, bienes o derechos.*

6.º *Cuando antes de la fecha de declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia”*.

(42) QUECEDO ARACIL, P.: ob. cit., “Comentario al artículo 164”, pp. 741 y ss., habla de estos supuestos como presunciones *iure et de iure*: *“En las presunciones de iure no será posible la prueba en contra del hecho presunto que está exento de ella de forma inapelable. La actividad probatoria, versará sobre el único extremo posible; el hecho base de cuya existencia corresponde la presunción”*; RAMOS MONTESA, A.: ob. cit., “Comentario al artículo 164”, pp. 703 y 704, en el mismo sentido de considerar las conductas que integran el artículo 164.2 de la nueva Ley Concursal como presunciones de culpa, que no admiten prueba en contrario.

ble (43)]. Las posibles sanciones penales que se establezcan por comisiones de delitos tipificados expresamente por la legislación penal actúan de forma totalmente independiente a estas sanciones privadas. Así el artículo 163.2 LC determina que: *“La calificación (de concurso culpable o fortuito) no vinculará a jueces o tribunales del orden jurisdiccional penal, que en su caso entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito”*.

Las sanciones privadas van a ser aplicadas en la medida que el concurso sea calificado como culpable. Entre estas sanciones encontramos la inhabilitación para administrar bienes ajenos por un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona, durante el mismo período, atendiendo sobre todo a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio ocasionado (art. 172.2 2.º LC), o la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la declaración o los declarados cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa, y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa.

El incumplimiento de obligaciones como la de solicitar el concurso va a dar lugar a la imposición de otras sanciones concursales, como la contenida en el artículo 165 LC (presunción de dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia), o en el artículo 105.1 6.º LC (prohibición de presentar propuesta anticipada de convenio) de la misma Ley, así como también va a desencadenar la responsabilidad legal de los administradores por deudas sociales, a través de la nueva regulación dada a los preceptos de la legislación societaria (arts. 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL), como posteriormente veremos.

A este sistema sancionador hay que añadir la disposición contenida en el artículo 172.3 LC. Recoge este precepto la llamada “responsabilidad concursal” (44), que hace responder a los administradores de los créditos sociales. Así dispone el artículo 172.3 LC que: *“Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administra-*

(43) El concurso ha de ser declarado como culpable cuando se acredite que el estado de insolvencia ha sido generado o agravado por el deudor por negligencia grave o por dolo. La calificación de este concurso como culpable provoca, además, la extensión de responsabilidad a cómplices o cooperadores del deudor en la generación o agravación de este estado de insolvencia.

(44) MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIA MARTÍN, F: “Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las Sociedades de Capital”, en RDS, número 24, 2005, pp. 117 y ss.; RODRÍGUEZ ARTIGAS y MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIA MARTÍN: “Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de Sociedad Anónima por no promoción de la disolución en caso de pérdidas (art. 262.5 LSA) STS 1.ª de 16 de diciembre de 2004”, en RDS, número 24, 2005, pp. 313 y ss.

dores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa”.

Existe un problema de coordinación práctica entre este precepto y la responsabilidad legal de los administradores que estudiamos (arts. 262.5 TRLSA; 105.5 LSRL). Esta responsabilidad concursal, para casos de insolvencia de la sociedad agravada o causada por los administradores, no tiene un alcance tan extremado como la responsabilidad legal; los administradores van a responder total o parcialmente de los créditos sociales, pero sólo en la medida que los mismos no resulten satisfechos tras la liquidación de la masa activa. Tendríamos que ver si para el supuesto de sociedades en crisis aplicamos la normativa de Sociedades o la normativa concursal, cuestionándonos, entonces, la aplicabilidad del artículo 262.5 TRLSA o 105.5 LSRL.

2. La nueva redacción dada a los artículos 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL.

Con la entrada en vigor de la nueva Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio, el 1 de septiembre de 2004, quedan modificados los preceptos que comentamos en uno de sus puntos, que es el referido al concurso de acreedores.

El artículo 262.5 quedará redactado como sigue, según la disposición final vigésima de la Ley: *“Responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso”.*

En el mismo sentido, el artículo 105.5 LSRL, en la disposición final vigésima primera: *“El incumplimiento de la obligación de convocar la Junta general o de solicitar la disolución judicial, o si procediera, el concurso de acreedores de la sociedad, determinará la responsabilidad solidaria de los administradores por todas las deudas sociales”.*

Se añade una obligación más a las anteriores obligaciones de los administradores de convocar la Junta para adoptar el acuerdo de disolución, o solicitar la disolución cuando el acuerdo de la Junta haya sido contrario a ello. Esta obligación consiste en solicitar el concurso de acreedores

de la sociedad cuando la sociedad se encuentra en estado de insolvencia. Así, conforme al artículo 2 de la nueva Ley Concursal, la declaración de concurso procede en caso de insolvencia del deudor común. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

Si tenemos en cuenta la nueva redacción que esta disposición final vigésima ha dado también al artículo 262.2 TRLSA observamos que se menciona de la siguiente forma: *“Los administradores **deberán** convocar Junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución. Asimismo **podrán** solicitar la declaración de concurso por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, siempre que la referida reducción determine la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal”*.

Se establece la obligación de convocar la Junta general para que adopte el acuerdo de disolución, pero no se impone al administrador que solicite la declaración de concurso, más bien se le faculta para que lo haga, si observamos la redacción literal del precepto. Sin embargo, se aplica la misma sanción de responder solidariamente de las obligaciones sociales tanto al administrador que no convoque la Junta para acordar la disolución, como al administrador que no solicite la declaración de concurso (arts. 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL).

Se hace responsables solidarios a los administradores por todas las deudas sociales, tanto anteriores como posteriores a que surja la causa de disolución. En la nueva redacción dada al artículo 262.5 LSA queda igualmente sin especificar esta cuestión, pero el artículo 105.5 LSRL recoge expresamente que la responsabilidad alcanza a “todas” las deudas sociales.

Es la responsabilidad legal de los administradores por las deudas sociales otra consecuencia sancionadora que se establece, en vía privada, para el incumplimiento de la obligación de solicitar la declaración de concurso. El hecho generador de la infracción y, por lo tanto, de la imposición de la sanción no es el dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia, que mencionamos para el concurso culpable, sino la omisión de la solicitud de declaración del concurso.

Se impone la sanción de responsabilidad legal a los administradores por las deudas sociales, aun consiguiendo probar que la culpa del administrador en el incumplimiento de este mandato legal es una culpa leve.

El hecho generador de la calificación del concurso como culpable es la culpa grave o el dolo en la generación del estado de insolvencia (art. 165 LC). Sin embargo, ambas consecuencias “sancionadoras” (responsabilidad legal de los artículos 262.5 TRLSA, junto con las consecuencias que lleva

aparejada la calificación del concurso como culpable del art. 165 LC) pueden darse acumuladamente. Así, si ante una causa de disolución social, como sea la reducción del patrimonio social por debajo de la mitad del capital social, no se lleva a cabo una reducción del mismo y este hecho determina la insolvencia de la sociedad, se deberá solicitar por el administrador el concurso de la sociedad (45). Si no se solicita el concurso, éste podrá ser calificado como culpable (art. 165 LC) y el administrador será responsable legal de las deudas sociales (art. 262.5 TRLSA).

La prueba de una culpa leve o de ausencia de culpa, no ya en el hecho del incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso, sino en el dato de la generación o agravación del estado de insolvencia, impediría la calificación del concurso como culpable. Por ello, la responsabilidad legal de los administradores de los artículos 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL no siempre va a llevar aneja una calificación del concurso como culpable.

Si la infracción legal del administrador también supone la calificación del concurso como culpable, a la sanción de responsabilidad legal de éstos por todas las deudas sociales se añadirán otras sanciones, como las de inhabilitación o pérdida de derechos que recogen los artículos 172.2 y 3 de la nueva Ley Concursal.

La nueva Ley Concursal, lejos de suprimir o derogar estos preceptos estudiados, los adecua a la nueva regulación de concurso llevada a cabo, imponiendo específicamente al administrador de sociedades la obligación de solicitar el concurso y añadiendo una consecuencia sancionadora más a las ya existentes para el concurso culpable en la nueva Ley Concursal: la responsabilidad legal por las deudas sociales.

3. Las sanciones privadas impuestas por la nueva Ley Concursal.

Se incentiva con esta nueva Ley la declaración de concurso de una persona o sociedad, en aras a un interés privado de protección a los acreedores y a un interés general de protección del tráfico mercantil en general.

Se castiga el incumplimiento del mandato legal imponiendo sanciones privadas, pero se incentiva, además, al deudor o administrador al cumplimiento. Para ello se ofrecen estímulos a la solicitud de concurso volunta-

(45) Vid. disposición final vigésima, modificación de los artículos 260.2, 260.1, apartado 4.º; 262, apartado 2; apartados 4 y 5 del artículo 262. MERCADAL VIDAL, F.: ob. cit., comentario a la disposición final vigésima, pp. 892 y 893, "(...) mediante la nueva redacción queda claro que la disminución del patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social es causa de disolución de la SA y de la SL siempre que no se adopten medidas alternativas, y dentro de estas medidas alternativas, además del aumento o reducción del capital en la medida suficiente, se agrega ahora la solicitud de la declaración de concurso".

rio, como pueda ser el recogido en el artículo 40.1 LC, donde se establece explícitamente lo siguiente: *“En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstos a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad”*, en relación con el artículo 40.2 LC: *“En caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales”*.

No obstante, es mayor la carga preventivo-punitiva que tal medida conlleva, siendo aplicables sanciones privadas a la infracción. En este sentido, hemos hablado de consecuencias de inhabilitación para la administración de bienes ajenos del artículo 172.2 LC y de pérdida de derechos del artículo 172.2.3.º LC, sanciones ambas que se extienden tanto a autores como a cómplices y que atienden a la gravedad de la infracción y la entidad del perjuicio ocasionado (46). También hemos tratado otra sanción que consiste en la presunción, salvo prueba en contrario, de los presupuestos que dan lugar a la calificación del concurso como culpable (art. 165 LC), o de la, simplemente mencionada, prohibición de presentar propuesta anticipada de convenio del artículo 105 de la nueva Ley Concursal. Hemos hecho también referencia a la imposición de una responsabilidad concursal (art. 172.3 LC) derivada de una calificación del concurso como culpable, que hace responder a los administradores de los créditos sociales cuando éstos no resulten satisfechos tras la liquidación de la masa activa.

Directamente relacionada con esta responsabilidad concursal y con la responsabilidad que hemos llamado legal de los artículos 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL se encuentra la medida recogida en el artículo 48.3 LC. Este precepto establece que: *“Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de los bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas”*.

(46) También se modifica por la Ley el artículo 124 TRLSA, referente a las prohibiciones para ser administrador: *“No pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquellos que por razón de su cargo no pueden ejercer el comercio”*. En el mismo sentido, el artículo 58.3 LSRL.

El embargo preventivo de bienes se produce ante una posible calificación del concurso como culpable. De esta manera, en la medida que los administradores incumplan su obligación legal de solicitar el concurso (art. 5 LC), éste sea calificado como culpable (art. 164 en relación con el art. 165 LC), los administradores responderán con su propio patrimonio de las obligaciones sociales, y en base a ello se embargan preventivamente bienes y derechos de los administradores.

Existe un dato importante a tener en cuenta: se procede al embargo de los bienes y derechos del administrador en la medida que *“la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas”*. Se da a entender un funcionamiento subsidiario de la responsabilidad de los administradores. ¿Se quiere con esta medida dotar de carácter subsidiario a la responsabilidad que hemos llamado “legal”, por lo menos en el ámbito del concurso culpable? (47). En situaciones de crisis sociales, ¿la responsabilidad concursal sustituye a la legal o la complementa? ¿Qué naturaleza jurídica tienen ambas medidas? Si tuvieran la misma naturaleza jurídica, ¿por qué una tiene un alcance mayor que la otra?

La responsabilidad concursal contenida en el artículo 172.3 de la nueva Ley y las medidas preventivas que se van a aplicar como consecuencia de la misma (como está contenida en el art. 48.3) debe hacer que cuestionemos el alcance y la interpretación que hasta ahora se ha hecho de los preceptos que estudiamos. Estos preceptos (arts. 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL) deberán ser reinterpretados conforme a la nueva normativa concursal (48).

F) La posición de la jurisprudencia y el Derecho comparado

1. Estudio de Derecho comparado.

Hemos querido analizar un precepto del *Codice Civile* italiano que guarda ciertas semejanzas con el aquí estudiado. No existe en el Derecho comparado precepto como el artículo 262.5 TRLSA o 105.5 LSRL, aunque podemos encontrar un punto de referencia de esta responsabilidad le-

(47) Ya hemos observado que la responsabilidad concursal procede también, en cierta forma, de manera subsidiaria, porque hace responder a los administradores de los créditos sociales que no resulten satisfechos tras la liquidación de la masa activa.

(48) No hemos considerado conveniente entrar también en el debate doctrinal de la naturaleza jurídica de esta responsabilidad concursal y su conjunción con la responsabilidad legal que estudiamos para los supuestos de crisis sociales; esta cuestión tan específica debería ser abordada en un estudio independiente y por especialistas en Derecho mercantil. Sin pretender hacer por nuestra parte un trabajo tan ambicioso y extenso.

gal de los administradores sociales en el artículo 2.449 del *Codice Civile*.

Impone este precepto la prohibición a los administradores de realizar nuevas operaciones mercantiles cuando exista una causa de disolución de la sociedad, y “sanciona” con una responsabilidad ilimitada y solidaria al administrador que infrinja este deber legal. En este sentido dispone el precepto: “Los administradores, cuando se ha verificado un hecho que determina la disolución de la sociedad, no pueden realizar nuevas operaciones. Contraviniendo esta prohibición, ellos asumen responsabilidad ilimitada y solidaria por los asuntos emprendidos. Deben, en el plazo de treinta días, convocar la asamblea para las deliberaciones relativas a la liquidación”.

Desde una pura dicción literal ya observamos unas diferencias importantes con el precepto español: está imponiendo un mandato negativo o prohibición: “no realizar nuevas operaciones mercantiles”, mientras que en el Derecho español el mandato es positivo de cumplimiento. De este modo, el artículo 262.5 TRLSA impone la obligación de convocar la Junta o solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando aparecen ciertas causas de disolución.

Igualmente el artículo 2.449 del *Codice* recoge la obligación para los administradores, en el mismo sentido que la norma española, de convocar la Junta o la asamblea para adoptar las deliberaciones relativas a la liquidación o a la posible supresión de la causa de disolución (49). Esta específica obligación, al contrario de lo que ocurre con la prohibición de realizar nuevas operaciones, no se encuentra específicamente “sancionada”. El Código Civil italiano hace responder a los administradores sociales cuando incumplen la prohibición de emprender nuevas operaciones mercantiles, pero no impone responsabilidad alguna, o ésta no se encuentra específicamente tipificada, cuando se incumple la obligación de convocar la asamblea o la Junta de accionistas, como sí hace la norma española.

Sí parece claro que ambos preceptos, español e italiano, obedecen a la misma finalidad, esto es, están dirigidos a conseguir el correcto funcionamiento de las sociedades de capital, la protección del tráfico mercantil en general. Con la imposición de esta obligación de convocar la Junta o

(49) LO GIGNO, O.: *Del lavoro delle società per azioni* (arts. 2.325-2.461), *Commentario del Codice Civile*, libro V, capítulo 5.º, tomo tercero, segunda edición, Torino, 1984, pp. 316 y 317. “*Accentua il ruolo strumentale degli amministratori rispetto al procedimento di liquidazione, quando si verifica una causa di scioglimento, l'obbligo fatto agli stessi di convocare l'assemblea per le deliberazioni relative a detta procedura entro il breve termine di giorni trenta, dovendo la nuova situazione essere preventivamente esaminata dall'organo che, unico, come si è detto sub. articoli 2448, ha facoltà di eliminare la causa di scioglimento. L'assemblea potrà, informata dagli amministratori sugli accadimenti che hanno imposto la sua convocazione, anche non ritenere verificata l'asserita causa di scioglimento e in tal caso, nel contrasto, sarà possibile l'accertamento da parte del giudice civile sull'effettiva esistenza della causa di scioglimento.*”

de disolver la sociedad, en el caso del Derecho español, como con la prohibición de realizar nuevas operaciones mercantiles cuando las causas de disolución social existen, en el caso del Derecho italiano, y las consecuencias a la infracción, se presiona para que las sociedades actúen correctamente en el tráfico mercantil (50).

Existe, por tanto, la protección de un interés general, pero están irremediablemente unidos a este interés general intereses particulares, como la protección de los acreedores sociales.

Una actuación correcta del administrador, con sujeción a estos deberes o prohibiciones específicas, que no son más que manifestación expresa de las funciones que como tal administrador diligente debe desempeñar en representación de la sociedad, protege, a su vez, intereses particulares varios. Así, por ejemplo, si el administrador contrata nuevas operaciones mercantiles en nombre de la sociedad cuando se ha verificado una causa de disolución, puede causar un perjuicio patrimonial a la sociedad; también puede causar perjuicios a los socios, ya que éstos obtendrán un montante económico menor resultante de la atribución de la cuota de liquidación, o perjudicar a terceros que contratan con la sociedad y, por supuesto, pueden causar un perjuicio a los acreedores sociales.

La consecuencia a la infracción que ambos preceptos recogen presenta igualmente unas diferencias. El artículo 262.5 TRLSA, según estudiamos, impone a los administradores la responsabilidad solidaria por las deudas sociales, mientras que el artículo 2.449 CC dispone que, contraviniendo la prohibición de emprender nuevas operaciones mercantiles, los administradores “responderán ilimitada y solidariamente por las nuevas operaciones emprendidas” (51).

La responsabilidad legal que establece el precepto español es una responsabilidad que podrá ser reclamada por los acreedores sociales en cuan-

(50) GALGANO, F.: *Diritto Civile e Commerciale*, volumen tercero, *L'impresa e le società*, tomo segundo, *Le società di capitale e le cooperative*, Cedam Padova, 1991, p. 257, “*Il fatto che ai creditori sociali sia stata legislativamente riconosciuta, nei confronti degli amministratori, una protezione autonoma rispetto a quella spettante alla società non significa poi che la legge abbia inteso tutelare i creditori sociali in quanti tali. La protezione di costoro è solo strumentale: la legge si preoccupa, essenzialmente, di responsabilizzare gli amministratori; essa li espone al «fuoco incrociato» di diverse azioni di responsabilità per realizzare una maggiore garanzia di buona amministrazione. L'interesse protetto è il generale interesse, trascendente quello delle singole società, ad una corretta gestione delle imprese; e, appunto perché si tratta di un interesse trascendente le singole società, si giudica insufficiente la sola responsabilità degli amministratori verso la società da essi amministrata*”.

(51) Artículo 2.449 Codice Civile: “*Gli amministratori, quando si è verificato un fatto che determina lo scioglimento della società, non possono intraprendere nuove operazioni. Contravvenendo a questo divieto, essi assumono responsabilità illimitata e solidale per gli affari intrapresi. Essi devono, nel termine di trenta giorni, convocare l'assemblea per le deliberazioni relative alla liquidazione*”.

to que “responderán solidariamente de las obligaciones sociales”, y en este sentido lo podemos comprobar en el análisis de la doctrina jurisprudencial (52). Sin embargo, en el precepto del *Codice Civile* se dice que “responderán por las nuevas operaciones contraídas” y se discute mucho por la doctrina y jurisprudencia italiana frente a quién se establece esta responsabilidad (53).

Antes de entrar en el debate de hacia quién se establece esta responsabilidad, hacia la sociedad, hacia los terceros, hacia los socios, o hacia los acreedores sociales, queremos proceder a exponer unos preceptos que van a tener una relación inmediata con esta cuestión, y, por lo tanto, con el artículo 2.449 CC estudiado. Realizaremos, no obstante, una exposición breve al no ser el tema específico de nuestro estudio.

El artículo 2.448 del Código Civil italiano, al igual que la normativa española, recoge una serie de causas cuya concurrencia hace necesario proceder a declarar la liquidación o la disolución de la sociedad. En este sentido, el precepto recoge como causas de disolución: el transcurso del tiempo para el que fue constituida, la consecución del objeto social o la sobrevenida imposibilidad de conseguirlo, la imposibilidad de funcionamiento o la continuada inactividad de la asamblea, la reducción del capital social por debajo del mínimo legal, salvo lo dispuesto en el artículo 2.447 en cuanto al aumento o reducción del mismo, la deliberación de la Junta o cualquier otra causa prevista en el título constitutivo de la sociedad.

Afirma la doctrina italiana que basta con el conocimiento del administrador de esta causa de disolución, aunque ésta no se haya aún verificado por la Junta de accionistas o por sentencia judicial, para que surja la prohibición mencionada de emprender nuevas operaciones (54).

Esta prohibición de emprender nuevas operaciones procede de forma automática desde el momento en que aparece la causa de disolución (55),

(52) Vid. SSTS como 110/2004, de 23 de febrero; 158/2004, de 1 de marzo; 398/2002, de 25 de abril; 766/2002, de 18 de julio; 1093/2002, de 14 de noviembre; 1194/2000, de 29 de diciembre, entre otras muchas.

(53) QUATRARO, B., G. PICONE, L.: *La responsabilità di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società, aspetti civile, penali e tributari*, tomo I, Milano, 1998, p. 87.

(54) CIAN, G., e TRABUCCHI, A.: *Commentario breve al Codice Civile*, 3.^a edición, Cedam, Padova, 1995, comentario al artículo 2.449 CC, p. 2634.

(55) QUATRARO, B., G. PICONE, L.: ob. cit., p. 75, “*Quindi, la società si scioglie non appena le perdite abbiano ridotto il capitale sociale al di sotto del minimo legale: da tale momento sorge, ai sensi del disposto dell'articolo 2449 comma 1.º, il divieto di intraprendere nuove operazioni. ribadito che la causa di scioglimento della società opera automaticamente ed immediatamente, salvo il verificarsi della condizione risolutiva costitutiva, ad esempio nel caso di riduzione del capitale al disotto de minimo di legge, dalla reintegrazione del capitale o dalla trasformazione della società, va opportunamente precisato che il momento in cui sorge la responsabilità del amministratori per il compimento di nuove operazioni, non coincide con il verificarsi della causa di scioglimento, ma solo con la conoscenza della sua verifica (o de la sua conoscibilità, in base al criterio dell'ordinaria diligenza)*”.

y se encuentra comprendida entre el período en que esta causa de disolución aparece y la fecha en que efectivamente se procede a la liquidación de la sociedad con el nombramiento de los liquidadores (56). Se intenta conseguir el mantenimiento de la integridad del patrimonio social hasta la liquidación de la misma; esto es, que este patrimonio no se vea disminuido como consecuencia de la realización de actividades mercantiles que resultan arriesgadas, en una época de dificultad económica para la sociedad. En este sentido, se afirma por la doctrina que no responderían los administradores si la nueva operación reporta beneficios al patrimonio social en lugar de pérdidas, que resulta, por tanto, ventajosa para la sociedad, y que *habría que continuar con las actividades pendientes a la fecha si igualmente éstas pueden ser favorables para la sociedad* (57).

Naturalmente, el administrador que conserva la integridad del patrimonio cuando aparece una causa de disolución es un administrador diligente en el desempeño de su cargo y ello entra dentro de las funciones que como tal tiene encomendadas, pero se establece una tipificación expresa de este deber de diligencia en el artículo 2.449 CC (conforme al art. 2.392 del Código Civil italiano, el administrador debe desempeñar su cargo con la diligencia de un mandatario, y el art. 1.776, párrafo segundo, del mismo texto legal señala que en el cumplimiento de una obligación inherente al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe de valorarse en relación a la naturaleza de la actividad ejercitada) (58).

Existe también una discusión doctrinal para determinar si el administrador, durante este período de tiempo en el que resulta afectado por la prohibición, esto es, desde que aparece la causa de disolución hasta que se procede a la liquidación de la sociedad, es un administrador sin poder de representación de la sociedad o es un administrador con capacidad limitada (59).

Existen en el *Codice Civile* italiano unos preceptos que recogen diferentes tipos de responsabilidad por daños del administrador social: la responsabilidad del administrador hacia la sociedad (arts. 2.392 y 2.393 CC), la responsabilidad del administrador hacia los acreedores sociales (art. 2.394 CC), la responsabilidad del administrador hacia los terceros (art. 2.395 CC). Resulta interesante estudiar estos preceptos porque, a la discusión planteada por la doctrina italiana de determinar frente a quién se establece la responsabilidad del artículo 2.449 CC, se une la que plantea la posible conjunción de esta misma responsabilidad del artículo 2.449 CC con las anteriores responsabilidades indemnizatorias mencionadas.

(56) LO GIGNO, O.: ob. cit., p. 317.

(57) CASELLA, M.; RUOZI, R.: *L'amministratore di società*, Milano, 1997, p. 167.

(58) GALGANO, F.: ob. cit., p. 256.

(59) LO GIGNO, O.: ob. cit., p. 316.

El artículo 2.392 del *Codice Civile* habla de una responsabilidad del administrador hacia la sociedad por los daños causados por la inobservancia de sus deberes (60). Se trata de una responsabilidad que surge de la causación de un daño, como consecuencia de una actuación culpable o dolosa del administrador en el desempeño de sus funciones. Para que proceda esta reclamación de responsabilidad por daños, se debe probar la actuación antijurídica, la culpabilidad y el daño efectivamente realizado. Se extiende a daños imprevisibles cuando el comportamiento es doloso (61). Se afirma, igualmente, que estamos en presencia de una responsabilidad contractual, por el vínculo negocial existente entre el administrador y la sociedad (62). También puede darse una exoneración de responsabilidad al administrador, miembro del Consejo de Administración, que no participó en el acuerdo dañoso o disintió formalmente del mismo, cuando quedó constancia de ello en el acta del Consejo. No obstante, podría darse también alguna responsabilidad hacia éstos por violación de la obligación de vigilancia e intervención. La responsabilidad sería solidaria de todos los miembros del órgano colegiado en los demás casos (63).

Esta responsabilidad por daños tiene un funcionamiento similar a la existente en nuestra legislación en el artículo 133 TRLSA, pero el precepto español recoge una responsabilidad general del administrador, no sólo hacia la sociedad, sino también hacia los accionistas o los acreedores sociales, por los daños que puedan causar en el desempeño de su función. Estos últimos actúan, sin embargo, de manera subrogatoria, para cuando la sociedad no ejercita la acción, puesto que tienen interés directo en ello. El artículo 135 TRLSA establece la acción de responsabilidad directa, y no ya de forma subrogatoria, para acreedores sociales o para terceros.

El artículo 2.394 del Código Civil italiano recoge la responsabilidad de los administradores hacia los acreedores sociales (64). Se discute por la doctrina y jurisprudencia si estamos o no en presencia de una acción de subrogación del acreedor, para reintegrar el patrimonio social, y no ante

(60) Artículo 2.392 *Codice Civile*: “*Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza del mandatario, e sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di uno più amministratori*”.

(61) CASELLA, M.; RUOZI, R.: ob. cit., pp. 206 y ss.

(62) CASELLA, M.; RUOZI, R.: ob. cit., p. 205; FERRI, G.: *Le società, Trattato di Diritto Civile Italiano*, volumen décimo, tomo tercero, Torino, 1971, p. 526.

(63) FERRI, G.: ob. cit., pp. 525 y ss.

(64) Artículo 2.394 CC.: “*Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. l'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti. In caso di fallimento o di liquidazione coatta amministrativa della società, l'azione spetta al curatore del fallimento o al commissario liquidatore*”.

una acción de responsabilidad que suponga un ingreso de bienes en el patrimonio del acreedor (65).

La responsabilidad recogida en el artículo 2.395 CC es una responsabilidad por los daños que individualmente haya podido causar el administrador en los intereses de los socios o terceros, y que se aplica con independencia de las anteriores, en el mismo sentido que el artículo 135 TRLSA (66).

Todos estos supuestos de responsabilidad que recoge el texto italiano hacen referencia a una responsabilidad por daños, ya sean de naturaleza contractual o extracontractual, y se establecen unos problemas de conjunción de esta responsabilidad con la dispuesta en el artículo 2.449 del mismo texto legal.

Volvemos ahora al tema que dejamos aparcado de frente a quién se establece esta responsabilidad de los administradores recogida en el artículo 2.449 CC. ¿Se trata de una responsabilidad hacia la sociedad, una responsabilidad, por lo tanto, interna, en las relaciones entre administradores y sociedad, ya que esta última va a quedar vinculada por las nuevas operaciones mercantiles con estos terceros o acreedores que contrataron con el administrador, o se trata de una responsabilidad externa, entre los terceros contratantes y los administradores, no vinculando a la sociedad la nueva operación contraída?

Este debate no se plantea en la norma española. Se estima que se trata de una responsabilidad del administrador hacia los acreedores sociales (67). Por el contrario, entendemos que en el Derecho italiano ello sea cuestión de la que se derive multitud de opiniones. GALGANO señala una teoría interesante sobre este tema. Afirma este autor que la responsabilidad del artículo 2.449 es una responsabilidad hacia los terceros. Realiza una interpretación literal de la norma estudiada de "responsabilidad por las nuevas operaciones contraídas", y afirma que no tendría ningún sentido si se tratara de una responsabilidad hacia la sociedad por la existencia de los artículos 2.392 y 2.393 CC, que establece la responsabilidad hacia la sociedad de los administradores por los daños derivados de la inobservancia de sus deberes. No tiene sentido, según este autor, que el artículo

(65) FERRI, G.: ob. cit., p. 533: *"L'azione dei creditori sociali non è quindi un'azione ad essi autonomamente concessa per il risarcimento del danno personalmente subito; ma è la stessa azione che compete alla società, la quale può essere fatta valere in via surrogatoria, quando la società trascuri di esercitarla con danno dei creditori"*.

(66) Artículo 2.395 CC: *"Le disposizioni dei precedenti articoli non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori"*.

(67) Cuando el artículo 105.5 LSRL menciona literalmente que esta responsabilidad es "por todas las deudas sociales", se entiende que es una responsabilidad hacia el acreedor social.

lo 2.449 CC recoja un supuesto de responsabilidad hacia la sociedad, ya que el artículo 2.274 CC establece la misma prohibición para los administradores de sociedades de personas sin recoger una consecuencia de responsabilidad a la prohibición, mientras que el artículo 2.279 CC sí establece esta responsabilidad para los liquidadores de la sociedad. Concluye su tesis afirmando que la norma del artículo 2.449 CC es simétrica con la norma recogida en el artículo 2.331, párrafo 2.º CC: “por las operaciones acabadas en nombre de la sociedad antes de su inscripción, serán responsables hacia los terceros que contratan los que han actuado”. Según GALGANO, la responsabilidad del artículo 2.449 es una responsabilidad hacia los terceros con los que los administradores conciertan las nuevas operaciones, y estas nuevas operaciones mercantiles no vinculan a la sociedad. Se justifica la existencia de esta acción de los terceros contra los administradores en la medida que no tienen acción directa contra la sociedad (68).

Otro autor, Giuseppe FERRI, llega a afirmar que se trata de una responsabilidad hacia la sociedad, una responsabilidad interna y no una responsabilidad respecto a terceros. Explica esto en relación al derecho a obtener una cuota de liquidación que tiene el socio accionista. La prohibición de llevar a cabo nuevas operaciones está impuesta en interés del socio, ya que se puede ocasionar un daño patrimonial a éste con la realización de nuevas operaciones mercantiles, por la posible reducción de la cuota resultante de la liquidación que al mismo le va a corresponder. La autonomía que tiene la acción derivada del artículo 2.449 CC, respecto a la acción derivada del artículo 2.392 CC, es sólo por el hecho de que el ejercicio de la acción del artículo 2.449 CC no está condicionada a una previa deliberación de la Junta, cosa que sí ocurre con la acción derivada del artículo 2.392 CC, según FERRI. Sin embargo, no entendemos esta teoría si ya existe la acción de responsabilidad del socio conforme al artículo 2.395 CC antes expuesto (69).

Estos autores no realizan una discusión o análisis sobre su naturaleza jurídica, pero, en la medida que se plantean problemas de posible conjunción de esta responsabilidad con la responsabilidad por daños del administrador recogida en los preceptos mencionados (arts. 2.392, 2.393, 2.394 y 2.395 CC), entendemos que es porque se parte en ambas de una igual naturaleza jurídica. Así lo hemos visto en los autores antes mencionados, como FERRI o GALGANO. También autores como Bartolomeo QUATRARO y Luca G. PICONE afirman que, para que proceda la aplicación de esta responsabilidad, es necesario la prueba de la existencia de la causa de disolución, la prueba de la realización de nuevas operaciones mercantiles y

(68) GALGANO, F.: ob. cit., pp. 368 y ss.

(69) FERRI, G.: ob. cit., pp. 674 y 675.

que tales operaciones hayan comportado un *daño*. Se recogen, igualmente, en esta obra sentencias que mencionan la necesidad de la existencia de un daño y de la comprobación de la existencia de la causa de disolución (70).

Se afirma que la mención del artículo 2.449 CC es redundante por la existencia del artículo 2.392 CC, precepto que recoge la responsabilidad de los administradores sociales por los daños causados a la sociedad (71).

En el mismo sentido se afirma por otro autor que esta responsabilidad surge siempre que la nueva operación mercantil realizada por el administrador, y que contraviene la norma, conlleve un *perjuicio o disminución patrimonial*, no cuando la misma reporte beneficios o ésta sea favorable para el patrimonio social. El daño resarlicable con esta acción es aquél objetivo y concreto, resultante de la diferencia negativa entre la situación patrimonial de la empresa en la fecha en que la quiebra debía haber sido declarada y la situación emergente a la fecha de la efectiva declaración. No entiende el daño como perjuicio global por la diferencia entre el activo y el pasivo de la sociedad, sino que habla de un perjuicio o daño concreto, teniendo en cuenta las eventuales utilidades que conectaron los acontecimientos. Además, literalmente habla de “sanción civilista de reembolso de daños”, en contraposición a las sanciones penales que pueden ser impuestas cuando el administrador realiza conductas de ocultamiento de bienes, alteración de la contabilidad, falsificación de documentos sociales, etcétera (72).

Solamente CIAN y TRABUCCHI afirman que no estamos ante un supuesto de responsabilidad por daños, y que tiene naturaleza extracontractual. Esta acción, afirma el autor, no está destinada a reparar un daño, sino a restituir el patrimonio social, pero no entendemos que no vea la existencia de un daño en la disminución este patrimonio social (73).

Se habla, en varias ocasiones, del término “sanción” para referirse a esta medida; sanciones al incumplimiento de obligaciones, pero sin adentrarse en lo que es considerado sanción como tal. Pensamos que parten de un concepto de sanción en sentido amplio, que abarca cualquier consecuencia jurídica a la infracción, y que, en definitiva, se está refiriendo igualmente a una responsabilidad por daños causados por el administrador en el desempeño de su actividad.

(70) QUATRARO, B.; PICONE, L. S.: ob. cit., pp. 76 y 77. Para exonerarse de responsabilidad afirman también que el administrador deberá probar que no tuvo conocimiento de la causa de disolución o que no se ha producido un daño por las nuevas operaciones contraídas.

(71) WEIGMANN, R.: *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, p. 117.

(72) CASELLA, M., y RUOZI, R.: ob. cit., pp. 167, 168 y 169.

(73) CIAN, G., y TRABUCCHI, A.: ob. cit., pp. 2634 y 2635.

Entendemos que existe una similitud bastante apreciable entre la norma italiana y la española, con las únicas diferencias antes mencionadas en cuanto al carácter de la obligación o prohibición establecida por una u otra, pero con una semejanza total de funcionamiento y finalidad.

2. Análisis jurisprudencial.

Hemos querido estudiar la opinión de la jurisprudencia sobre esta medida, así como la forma de operar de esta consecuencia de responsabilidad legal de los administradores sociales en la práctica jurisprudencial.

Después de enormes vaivenes de la jurisprudencia menor con opiniones de lo más oscilantes y dispares (74), la jurisprudencia reciente considera, con carácter general, que estamos en presencia de una sanción en el ámbito privado, en el mismo sentido que las opiniones doctrinales antes recogidas (75). Esta responsabilidad legal de los administradores es una responsabilidad especial o *sui generis*, diferente de la responsabilidad por daños, que se impone de manera objetiva ante el supuesto de incumplimiento de la obligación de convocatoria o de disolución de la sociedad y que no necesita el requisito de la culpa, ni la relación de causalidad, puesto que no se aplica por la existencia de un daño efectivo (76).

Partiendo de esta opinión mayoritaria, hemos querido estudiar el funcionamiento en la práctica de esta medida, cuándo es accionada ante los Tribunales, así como estudiar las sentencias que estiman su aplicación o aquellos fallos judiciales en sentido negativo, que absuelven o no condenan a los administradores con esta "pena civil".

Los casos jurisprudenciales estudiados, donde se plantea esta posible aplicación del artículo 262.5 TRLSA, son acciones judiciales presentadas por los acreedores sociales para el pago de una deuda social. Este dato, por supuesto, no es el relevante, sino que lo relevante es el hecho de que para conseguir el pago de esta deuda, en la mayoría de las ocasiones, los acreedores van a accionar en virtud del artículo 262.5 TRLSA y de los artículos 133-135 TRLSA, esto es, van a presentar demanda reclamando el pago de la deuda social al administrador, y en sus fundamentos de derecho van a alegar la responsabilidad legal o *sui generis* y la responsabilidad resarcitoria de los artículos 133-135 TRLSA. Estiman procedente la condena al pago de la deuda al administrador social porque éste ha incumplido la

(74) Hemos querido por ello centrarnos en el análisis de sentencias recientes del TS.

(75) *Vid.* anterior apartado A)2, opinión doctrinal sobre esta medida.

(76) SSTs 110/2004, de 23 de febrero; 158/2004, de 1 de marzo; 398/2002, de 25 de abril; 766/2002, de 18 de julio; 1093/2002, de 14 de noviembre; 1194/2000, de 29 de diciembre, entre otras.

obligación legal de convocar la Junta o solicitar la disolución judicial de la sociedad (según el caso), y porque el administrador, por este hecho, ha realizado una actuación negligente en su labor de administración, produciendo un daño consistente en la imposibilidad de cobro de la deuda. En este sentido, afirmamos que, aunque la responsabilidad legal no necesita de la concurrencia de un daño ni de una actuación culpable, en la práctica habitual es accionada alegando una actuación culpable del administrador y un daño que va a consistir en la imposibilidad de cobro de la deuda social (77).

La pretensión del acreedor social con la acción en virtud de ambos preceptos (responsabilidad legal y responsabilidad resarcitoria) es la misma: el pago de una deuda social (78); lo que cambia son los argumentos a tener en cuenta por el juez para estimar o rechazar la pretensión. Si se condena a los administradores en función del artículo 262.5 TRLSA, el Tribunal sólo va a entrar a valorar que se haya incumplido la obligación legal imperativa, sin entrar en cuestiones de culpabilidad, daño, o relación de causalidad (79). Si se condena a los administradores en función de los artículos 133-135 TRLSA o de ambos acumuladamente, se hará necesaria la existencia de un daño, culpa y relación de causalidad entre la actuación negligente del administrador y el daño producido.

Se utiliza esta doble vía para accionar por una misma pretensión. La razón de ello puede estar en el temor de los acreedores de no conseguir probar los presupuestos necesarios para que proceda la aplicación de la responsabilidad resarcitoria. Alegan el artículo 262.5 TRLSA, a mayor abundamiento, para que los administradores sociales sean condenados. Con ello se consigue eliminar uno de los problemas existentes con la anterior Ley de 1951, de dificultad de prueba de la relación de causalidad.

Se pide la condena a los administradores al pago de una deuda en virtud de dos argumentaciones jurídicas que le sirven de fundamento (art. 262.5 TRLSA y arts. 133-135 TRLSA). Consideramos que ambas argumentaciones tienen una función sustitutiva, en el mismo sentido que la puede tener una pretensión de condena en virtud de cláusula penal con una con-

(77) *Vid.* SSTs como la de 3 de marzo de 1992; 104/2004, de 20 de febrero; 87/2004, de 16 de febrero; 110/2004, de 23 de febrero; 398/2002, de 25 de abril; 766/2002, de 18 de julio; 1093/2002, de 14 de noviembre; 220/2004, de 29 de marzo; 1194/2000, de 29 de diciembre; 7741/1999, de 21 de septiembre.

(78) Cuando se alega la responsabilidad por daños junto con la sanción por incumplimiento, este daño no es otro que aquél que proviene de la falta de pago de la deuda, de ahí que hablemos de una misma pretensión.

(79) En este sentido, STS 110/2004, de 23 de febrero: *“El artículo 262.5 sanciona una obligación impuesta en el precepto de convocar la Junta, sin que se requiera que se justifiquen los requisitos exigidos para actuar contra el administrador por el artículo 135”*, SSTs 158/2004, de 1 de marzo; 398/2002, de 25 de abril.

dena de indemnización por daños, si no se ha dispuesto nada en contrario en el contrato en particular, y con la peculiaridad de que los daños reclamados son el importe de la "sanción". El impago de la deuda social es el daño económico causado por el administrador cuando se acciona conjuntamente en virtud de responsabilidad legal y responsabilidad resarcitoria. El montante económico de la sanción coincide con el daño económico causado, hasta el punto que llegan a confundirse.

Se utiliza el artículo 262.5 TRLSA para asegurar el cobro del crédito social, pero esta no es la finalidad del precepto. El precepto tiene la finalidad de proteger el tráfico mercantil en general, evitar situaciones de disolución social de hecho, con la inseguridad y desprotección que ello provoca respecto del que contrata sin conocer la situación económica de dificultad por la que atraviesa la empresa. Con la práctica judicial se está consiguiendo, entonces, un resultado que no pretendía el precepto. Los acreedores sociales lo van a utilizar como garantía del cobro ante una situación de daño económico, donde no será necesario la prueba de la culpa, del daño, ni de la relación de causalidad. No obstante, no deja de resultar curioso que se proceda a la aplicación de una sanción civil, como prevención al incumplimiento y como castigo infringido al incumplidor de la norma, de manera objetiva, sin valorar aspectos como la culpa en el autor de la misma. Hablamos, entonces, de la imposición de una sanción cuyos presupuestos de aplicación son *menos rigurosos* que aquellos necesarios para que proceda una indemnización por daños, teniendo en cuenta que esta responsabilidad por daños no tiene nunca un contenido punitivo, sino simplemente resarcitorio.

Es claro que una actuación del administrador que consiste en incumplir este mandato legal imperativo puede ser, por sí misma, una actuación negligente o culpable en sus labores de administración social, y también parece evidente que este incumplimiento del deber legal de convocar la Junta o disolver puede ocasionar daños, de ahí que no haya problema en entender una aplicación conjunta de ambas medidas (80).

No obstante, resulta más difícil determinar en las sentencias estudiadas si la condena al administrador al pago de la deuda social se da en cualquier supuesto de incumplimiento de la obligación legal o sólo cuando la sociedad no puede hacer frente al pago efectivo de la misma. Ya mencionamos, con anterioridad, la opinión doctrinal en el sentido de considerar que no era una responsabilidad subsidiaria, para el supuesto de que la sociedad no tuviera patrimonio suficiente, pero en el ámbito juris-

(80) En el mismo sentido, la SAP de 3 de marzo de 1992 habla de posible perjuicio a los acreedores por insuficiencia de patrimonio para responder de las deudas sociales como consecuencia de la no disolución de la sociedad.

prudencial resulta más complicado observar si cuando se entabla demanda por el acreedor contra el administrador social es porque la sociedad no tiene patrimonio suficiente. En algunas acciones judiciales son demandados los administradores junto a la sociedad, en otras sólo los administradores; en algunas de ellas es condenada la sociedad y absuelto el administrador, en otras sucede a la inversa, se condena al administrador al pago de la deuda y se absuelve a la sociedad, y en otras se condena solidariamente a ambos (81).

Por supuesto que, en aquellos procedimientos judiciales donde sólo son demandados los administradores, no tenemos datos suficientes para conocer, o resulta más difícil averiguar, si esta responsabilidad legal se aplica o no de manera subsidiaria. Puede darse una aplicación de responsabilidad subsidiaria, si no con carácter formal, sí de hecho, porque, por ejemplo, haya habido una reclamación judicial o extrajudicial anterior para el pago de la deuda a la sociedad sin conseguir resultados positivos. Como consecuencia de ello, se ha realizado una posterior demanda al administrador. Igualmente, puede el acreedor conocer, de forma fehaciente, la mala situación económica por la que atraviesa la entidad mercantil en cuestión.

Podemos, sin embargo, obtener algunos datos de las sentencias donde aparecen como partes demandadas la sociedad y el administrador. En principio, parece que la práctica judicial parte de la misma consideración de no subsidiariedad de la responsabilidad legal cuando condena a la sociedad y al administrador de manera solidaria o cuando condena al administrador y no a la sociedad. Más dudoso resulta cuando se procede a la condena de la sociedad y no del administrador. Estimamos, pese a ello, que los Tribunales no aplican esta responsabilidad de forma subsidiaria, porque los argumentos de que se valen para no condenar al administrador y sí a la sociedad nada tienen que ver con una subsidiariedad de la responsabilidad, sino que son otro tipo de argumentaciones, algunas de tipo formal, por ejemplo (82).

(81) STS 104/2004, de 20 de febrero: se condena a la sociedad y se condena a los administradores. En la STS 766/2002, de 18 de julio: se condena a los administradores y se absuelve a la sociedad. En la STS 741/1999, de 21 de septiembre: se condena a la sociedad y se absuelve a los administradores.

(82) En la STS 741/1999, de 21 de septiembre, no se condena a los administradores y sí a la sociedad porque, según el Tribunal, no había sido alegado el artículo 262.5 TRLSA. En el *petitum* de la demanda se hace referencia a que se condene a los administradores subsidiariamente a la sociedad y por una “indemnización por daños” en virtud de los artículos 134.5 TRLSA. Es posteriormente, en la demanda casacional, donde hablan de responsabilidad solidaria y de responsabilidad por “graves incumplimientos contractuales”. Menciona expresamente: *“Las sentencias del Juzgado de 1.ª Instancia y de la Audiencia son correctas en considerar que la acción ejercitada en los apartados 3 y 4 del «petitum» de la demanda es la denominada acción social de responsabilidad que se configura en los artículos 133-135 TRLSA y que faculta a los*

Si el daño reclamado a través de la acción de responsabilidad por el artículo 262.5 TRLSA y los artículos 133-135 TRLSA es un daño derivado de la falta de pago de la deuda, la mayoría de las veces resultará de supuestos en que la sociedad no puede hacer frente al pago. Con ello queremos afirmar que, aunque parece clara la opinión del Tribunal de no considerar una responsabilidad subsidiaria, aparece de hecho una situación, si bien no de exacta imposibilidad, sí, en ocasiones, de dificultad para que el acreedor consiga cobrar la deuda social.

La naturaleza jurídica de sanción privada y la característica de la misma de imposición objetiva son repetidas por el Tribunal de forma reiterada en todas sus sentencias, pero son muy diferentes los fallos judiciales que bajo esta opinión van a ser albergados. No siempre que se incumple la obligación legal de convocar o disolver van a ser condenados los administradores, aunque, como exponemos, el Tribunal parte de esta consideración.

Para observar este hecho hemos querido plantear algunos de los supuestos concretos e intentar averiguar el fundamento de estos fallos judiciales tan diversos.

En la STS 104/2004, de 20 de febrero, son demandados los administradores junto con la sociedad para el pago de una deuda social en virtud de los artículos 133-135 y 262.5 LSA. Resulta probado el hecho del incumplimiento de la obligación legal del artículo 262.5 LSA y **condena con responsabilidad solidaria a la sociedad y a los administradores**, sin casar la sentencia dictada en apelación que igualmente condenaba a los

acreedores para dirigirse contra los actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos. Aunque la demanda no menciona el artículo 135, y sí el artículo 134.5 (que trata de la acción social) del relato fáctico y de la redacción del suplico, deduce la sentencia recurrida, en sintonía con la de primera instancia, que se ejercita la acción individual, y no la social. Y también razona dicha resolución que no se plantea en la demanda, y no cabe por tanto examinarla sin riesgo de incurrir en incongruencia, la acción de responsabilidad solidaria de las obligaciones sociales, que se recoge en el artículo 262.5 TRLSA, en relación con los apartados dos y cuatro del propio precepto, el cual fue alegado «in voce» en el acto de la vista de la apelación. (...). En la Sentencia recurrida se sienta como base fáctica que los administradores demandados procedieron al cierre de la sociedad, ante las dificultades económicas que ésta atravesaba, sin cumplimentar los trámites establecidos por el ordenamiento jurídico para estas eventualidades, con lo que infringieron los deberes que les imponen los apartados 2 y 4 del artículo 262 LSA, que integran el deber de diligencia que es exigible en cuanto tales administradores (art. 127.1 Ley/1989). De ello se deduce la concurrencia de un comportamiento negligente, pero, en sintonía con la Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 1991, considera que la falta de la relación de causalidad porque la actora, a quien incumbía la carga, no probó la inactividad de no haber procedido a la ordenada liquidación de la sociedad fue lo que determinó el impago del crédito, o contribuyó a disminuir las expectativas de cobro, o a empeorar la situación patrimonial de la sociedad. (...). El mero incumplimiento de los apartados referidos del artículo 262 LSA y la situación de insolvencia de la sociedad no son suficientes para considerar fundada una pretensión del artículo 135 de la propia Ley, si no se prueba el nexo causal".

administradores, sentencia que revocó en su día la dictada en primera instancia, donde los administradores no habían sido condenados. Naturalmente, si resulta probado el hecho del incumplimiento de la obligación legal, la consecuencia inmediata va a ser la condena a los administradores sociales. Éste es el argumento utilizado por el Tribunal para pronunciar su fallo, pese a que son alegados igualmente los preceptos que hacen responsables a los administradores por sus actuaciones negligentes (arts. 133-135 LSA). El Tribunal estima que son acciones judiciales diferentes estas que se alegan, pero que pueden ser acumuladas para ejercitar la pretensión de condena al administrador social.

En la STS 87/2004, de 16 de febrero, se alegan igualmente los artículos 133 LSA y 262.5 LSA. El Tribunal *no procede a condenar a los administradores sociales*, no casando la sentencia dictada por la Audiencia, sentencia ésta que confirmaba a su vez una condena igualmente absolutoria a los administradores en primera instancia. Este pronunciamiento se fundamenta en el hecho de que los administradores habían cesado en el cargo con anterioridad a que surgiera la causa de disolución que hace nacer la obligación de solicitar la disolución judicial de la sociedad. Igualmente, afirma el Tribunal, no se cumplen los requisitos para que proceda la responsabilidad resarcitoria porque no se ha conseguido probar que el daño consistente en el impago de las letras de cambio se deba a una actuación negligente de los administradores (83).

La STS 158/2004, de 1 de marzo, confirma la sentencia dictada en apelación y primera instancia, que *condenaba a los administradores en virtud del precepto comentado de forma solidaria con la sociedad*, porque concurren los presupuestos de hecho para que esta responsabilidad proceda, esto es, el incumplimiento de la obligación legal. De esta manera, ante las alegaciones de las partes demandadas (sociedad y administradores) de no haberse apreciado por el Tribunal el análisis de la conducta infractora en cuanto gravemente negligente, o la prueba del nexo causal entre esta conducta y el daño producido, afirma el TS: “*Las alegaciones expresadas en estos motivos no sirven para la finalidad pretendida, pues la responsabilidad regulada en el referido artículo 262, por la no convocatoria en dos meses de la Junta general para la adopción del acuerdo de disolución de la sociedad o la no solicitud de su disolución judicial, constituye una responsabilidad objetiva y solidaria, cuya acción se fundamenta en el incumplimiento de los administradores de las obligaciones que le impone la Ley, y*

(83) Afirma expresamente la sentencia que: “*Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala exigir, tanto para que prospere la acción social, como la individual, la prueba no sólo directa del daño, sino también de la falta de diligencia de los administradores que resultan demandados, y como queda dicho, por supuesto, la de la relación de causalidad entre ésta y aquéllos*”.

no requiere la producción de un daño, ni exige la existencia de perjuicios, y tampoco la relación de causalidad, pues se trata de un sistema preconcursal de la Ley de Sociedades Anónimas. La citada responsabilidad constituye una modalidad de responsabilidad ex lege, y requiere tan sólo la concurrencia de los presupuestos objetivos siguientes: a) existencia de un crédito contra la sociedad en las causas 4.^a y 5.^a del artículo 260 de la Ley de Sociedades Anónimas; b) concurrencia de algunas de las causas de disolución de la sociedad; c) omisión por los administradores de su obligación de convocar Junta general, en el plazo de dos meses, para que adopte el acuerdo de disolución de la sociedad, o solicitud, en su caso, de disolución judicial". Un dato que puede ser interesante es que no es pedida esta condena al pago de la deuda social a los administradores en virtud de la responsabilidad resarcitoria de los artículos 133-135 LSA, sino que sólo se alega el precepto comentado. La reclamación planteada trataba del impago por la sociedad de diversos servicios de transporte realizados por la parte actora. Un informe pericial fue claramente significativo en determinar que en fecha de 31 de diciembre de 1992 se constata la situación de insolvencia de la sociedad al resultar su patrimonio neto inferior a la mitad del capital social, mostrando las Cuentas Anuales dicha circunstancia en los ejercicios de los años noventa y dos y noventa y tres depositadas en el Registro Mercantil. Hasta el día 24 de mayo de 1994 no fue acordada la disolución de la sociedad, contratando ésta con los actores durante los meses de octubre de 1993 a abril de 1994 diversos servicios de transporte. En este sentido es claro el incumplimiento de la obligación legal por los administradores sociales.

Existen otros fallos judiciales claramente *condenatorios* a los administradores en virtud del artículo 262.5 LSA, igualmente coherentes con su consideración como sanción privada que se impone de manera objetiva.

De esta manera, la STS 328/2004, de 7 de mayo, condena a los administradores y a la sociedad con responsabilidad solidaria respecto al impago de una deuda. Se afirma por el TS: "*En la instancia se ha acreditado la desaparición total del patrimonio de la entidad codemandada y el cierre de la misma, y consta también el incumplimiento por los administradores de una de las obligaciones que le impone la Ley, cual es la de convocar Junta general para la disolución de la sociedad según manda el artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas, y, en especial, en determinadas circunstancias de «déficit» patrimonial, por las que se producen pérdidas por las que el patrimonio neto queda reducido a una cantidad por debajo del capital social, cuya omisión ha lesionado directamente los intereses de la acreedora demandada*".

En la STS de 12 de noviembre de 1999 se alega por la parte recurrente que no había cumplido esta obligación legal porque estaban pendien-

tes de una resolución penal, pero afirma el Tribunal que ésta no es razón para no cumplir el mandato imperativo: *“Sólo se requiere la prueba del supuesto fáctico, que no ha sido negado por el recurrente, sólo ha tratado de disculpar el incumplimiento de lo ordenado por el legislador, descargando la responsabilidad sobre el otro administrador”*. Son demandados solamente los administradores de la sociedad. Se afirma que la sociedad había sido demandada con anterioridad y condenada al pago de una deuda, pero la ejecución de la sentencia y la posterior diligencia de embargo fueron negativas por carencia absoluta de bienes sociales.

La STS 398/2002, de 25 de abril, ante argumentaciones de la parte recurrente en el sentido de que deben ser exigidos requisitos de culpa o falta de diligencia de la actuación para que esta responsabilidad deba ser declarada, el Tribunal reitera, no obstante, su opinión de no ser necesario el presupuesto de la culpa para que dicha responsabilidad legal sea declarada. Se demanda a la sociedad y al administrador único de la misma por el impago de una deuda y se condena a ambos como responsables solidarios. Ante la situación de ruina en que se encontraba la sociedad, estando incurso en la causa 4.^a del artículo 260 LSA, no convocó la Junta general de accionistas en el plazo de dos meses.

La STS 766/2002, de 18 de julio, afirma que esta responsabilidad legal *“comenzaría en el momento mismo en el que los administradores conocen la situación patrimonial y sin embargo no proceden como dispone el artículo 262, de manera que la mera pasividad de los administradores traería aparejada su responsabilidad solidaria por obligaciones sociales a modo de «consecuencia objetiva»”*. Se demanda a la sociedad y a los administradores para el pago de una suma de dinero, se absuelve a la sociedad y se condena a los administradores en primera instancia y en apelación, y así lo dispone también el TS: *“Es claro que ya en el año 1991 los administradores sociales no podían ignorar la grave situación de descapitalización que sufría (...), sin necesidad de esperar al final del ejercicio económico, sin que hubiese adoptado las medidas que establece para tales casos la Ley de Sociedades Anónimas...”*.

En la STS 1093/2002, de 14 de noviembre, son demandados los administradores sociales para el pago de una deuda social debida a la parte actora. En primera instancia se absolvió a los administradores, en apelación sí son condenados como responsables solidarios de dicha deuda. La sociedad había cesado de su actividad mercantil a causa de una patente insolvencia. Se condena a los administradores pese a que esta deuda estaba garantizada por una entidad aseguradora. Estima el Tribunal que este dato es irrelevante porque en virtud del artículo 262.5 LSA responden solidariamente de la deuda con independencia de este hecho. Alegan los administradores demandados que la empresa que había contratado con la

sociedad era conocedora de la mala situación económica que atravesaba ésta, debido a que los estados de cuentas de las mismas estaban hechos públicos en el Registro Mercantil y que, por ello, exigió a la hora de contratar fianza de la sociedad. El TS no estima este motivo porque afirma que resulta clara la pérdida de patrimonio social por parte de la sociedad, y que los administradores estaban obligados a convocar la Junta o disolverla de acuerdo con el artículo 262 LSA, ya que se trata de una responsabilidad de tipo objetivo por el incumplimiento de una obligación legal.

La STS 30/2004, de 2 de febrero, trata, igualmente, de un supuesto de reclamación de cantidad por deudas de la sociedad a los administradores de ésta. En primera instancia y en apelación se afirma la responsabilidad solidaria de estos administradores, ya que la sociedad no había sido disuelta y liquidada, pese a que en aquella situación lo exige el legislador. La sociedad mercantil no fue demandada. Queda constatado en el informe pericial que la sociedad estaba incurso en causa de disolución por insuficiencia patrimonial. Ante las alegaciones de los administradores de que se han infringido los artículos 133-135 LSA, afirma el Tribunal que se ha valorado la infracción del artículo 262.5 LSA, que recoge una responsabilidad legal distinta a la responsabilidad por daños de estos artículos 133-135, pero que, si se hubiesen valorado los requisitos de esta responsabilidad por daños, igualmente procedería una sentencia condenatoria hacia los administradores por los daños ocasionados por su actuación negligente: *“Por todo ello, aunque la responsabilidad de los demandados se incardinase en la responsabilidad general que por la cualidad de administradores tienen, y no en la legal y específica, y esta Sala admitiese en hipótesis este motivo, al resolver sobre el fondo del asunto habría de llegar al mismo fallo condenatorio de la sentencia recurrida, aunque por otros motivos legales, por lo que no podría casar la misma”*.

En la STS 238/2004, de 26 de marzo, son demandados los administradores de la sociedad para el pago de una deuda social. Son condenados como responsables solidarios dos de los administradores y absueltos otros dos. Afirma el Tribunal, acogiendo las alegaciones de las partes, que éstos no eran administradores cuando se contrajo la deuda. Esta mención por el Tribunal nos recuerda a lo dispuesto en el precepto italiano, “sancionando” al administrador que contrajo la deuda en una situación económica complicada. Tenemos que ver si, pese a que habían cesado en el cargo cuando se contrajo la deuda, eran administradores cuando la sociedad debía ser disuelta o convocada la junta general, tal como afirma y obliga el precepto comentado. No encontramos datos para afirmar si la situación económica de la sociedad era ya difícil antes de que estos administradores cesaran en el cargo y se contratara con la entidad actora. Se afirma por la sentencia que ha quedado al margen del recurso de casa-

ción la absolución a estos dos administradores que hace el Tribunal de primera instancia, y que es confirmada en apelación, porque la parte demandante aceptó aquella absolución y ninguno de los motivos de la casación hace referencia a ello.

Hasta aquí hemos realizado el estudio de los fallos condenatorios del TS, aparentemente adecuados a su doctrina de que la responsabilidad que establecen los preceptos comentados es una responsabilidad objetiva por el incumplimiento de la obligación legal. No obstante, en algunos de sus fallos esto podría cuestionarse, como sería el caso de esta última sentencia recogida. Pese a ello, empezamos a encontrar algunos problemas para comprender pronunciamientos judiciales como los que vamos a comentar a continuación:

La STS 110/2004, de 23 de febrero, pronuncia un *fallo absolutorio* para los administradores sociales, no casando la sentencia dictada en apelación y en primera instancia, que eran igualmente absolutorias. Los razonamientos de la sentencia en casación se basan en motivos de forma. No se había procedido a alegar el artículo 262.5 LSA, según expresa el Tribunal, pese a que la parte recurrente afirma que se han acumulado ambas causas de responsabilidad, aunque no se explicita (se refiere a la alegación de responsabilidad del administrador social en virtud de la responsabilidad del art. 262.5 y del art. 133 LSA), y que se incurre en excesivo rigor formalista. Argumenta el Tribunal que, ante la existencia de una causa de disolución como es la aparición de pérdidas sociales, se había procedido a reducir el capital social, aunque afirma la parte recurrente que esto no se había hecho en la medida suficiente. La responsabilidad resarcitoria tampoco procede porque se tendría que haber utilizado la acción de responsabilidad social del artículo 133 LSA y no la responsabilidad individual resarcitoria del artículo 135 LSA. Así, dice la sentencia literalmente: *“El motivo se desestima ya que se ha expuesto reiteradamente con anterioridad cómo la acción de responsabilidad contra el administrador social en base al artículo 262.5 es específica para el incumplimiento de la obligación que le impone en artículo 262, regulación legal que no puede arbitrariamente ser subsumida en el artículo 135”*.

Más interesante resulta la STS 981/2002, de 24 de octubre, donde se *absuelve* a los administradores en base a que un accionista había pedido la disolución judicial de la sociedad de acuerdo con el artículo 262.3 LSA. Dice literalmente la sentencia: *“Ha de tenerse en cuenta que el artículo 262.3 LSA permite a cualquier interesado solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando la Junta no fuese convocada o no pudiese lograrse el acuerdo o éste fuese contrario a la disolución. Por tanto, puede darse el hecho de que en el plazo de dos meses del artículo 262.5 los administradores no cumplan su obligación, pero haya solicitado la disolución cualquier intere-*

sado. No es razonable que, pese a cumplirse la finalidad de la ley, los administradores sean responsables solidarios. En suma, pues, el artículo 262.5 ha de conjugarse con el apartado 3 anterior y analizar si en el plazo de dos meses se ha pedido, aunque sea por un interesado, la disolución judicial de la sociedad, que es lo que quiere el legislador”.

En otra sentencia, en concreto la STS 942/2003, de 16 de octubre, el Tribunal *absuelve* a los administradores porque, según argumenta, los acreedores *conocían la situación de insolvencia patrimonial de la sociedad*, e iría en contra de la buena fe, constituyendo, además, un abuso de derecho, conforme al artículo 7 CC, declarar esta responsabilidad, pese a que se había dado el hecho del incumplimiento del mandato legal establecido.

La STS 1080/2003, de 17 de noviembre, *absuelve* a los administradores por la falta de prueba de la existencia de la causa de disolución, ya que “no quedó demostrado que la sociedad careciera de actividad y liquidez durante el año 1992”. Considera el Tribunal que la interpretación del artículo 262.5 LSA no puede ser una interpretación rigurosa ni extremadamente objetiva.

Encontramos una sentencia *condenatoria* al administrador, que también hemos querido resaltar porque hace referencia a una actuación negligente del administrador por el hecho del incumplimiento y de la posible existencia de un daño en esta acción de responsabilidad legal, sin ser contradictoria, no obstante, con la opinión jurisprudencial al respecto. Literalmente dice el Tribunal: “*El incumplimiento de dicha obligación sin más habrá de desencadenar la responsabilidad solidaria legalmente establecida, y ello al margen de que, el daño que se haya producido en sí, pudiera provenir o no de una conducta de aquél culposa o negligente o falta de diligencia. La conducta del administrador, claramente infractora de dicha obligación legal supone ipso facto que no se desempeñó el cargo con la diligencia de un ordenado empresario o de un representante leal, que como mínimo habrá naturalmente de cumplir con las obligaciones legales en su gestión, por lo que esa conducta contraventora de la ley, determinará la responsabilidad prevista en el artículo 262.5*” (84). Se estima, igualmente, una pretensión indemnizatoria, pero, a nuestro entender, ésta obedece a un daño diferente al propiamente ocasionado por la falta de cobro de la deuda; afirma el Tribunal que la omisión de este deber legal hizo que el acreedor no pudiera ejercitar sus derechos crediticios en el correspondiente procedimiento concursal con los demás acreedores.

De todo lo planteado sacamos como conclusión que, pese a ser los fallos judiciales condenatorios de responsabilidad legal a los administradores en su mayoría, algunas de las sentencias donde éstos son absueltos no

(84) STS 1194/2000, de 29 de diciembre.

son suficientemente claras, y, en algunas ocasiones, parece que se está forzando la motivación de la sentencia para que los administradores sociales no sean condenados.

Sin ser incongruente con su opinión, el Tribunal va a proceder a absolver a los administradores sociales. Son interesantes, en este sentido, los argumentos jurisprudenciales de conocimiento por parte de los acreedores de la situación de insolvencia de la sociedad y de solicitud de disolución judicial por un tercero, pero resultan mucho más oscuros aquellos que proceden de razones de forma.

Igualmente, consideramos muy relevante que las alegaciones de responsabilidad legal a los administradores sociales provengan, en su mayoría, de la existencia de un daño al acreedor consistente en la imposibilidad de cobro de la deuda, que esta actuación del administrador de incumplimiento de la norma sea una actuación negligente por sí misma, y que la responsabilidad legal respecto de la responsabilidad resarcitoria proceda con carácter sustitutivo.

G) La sanción en el Derecho privado y la configuración como tal de la responsabilidad legal de los administradores sociales recogida en los artículos 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL

Introducción

Después del análisis de los elementos que se relacionan directamente con la imposición de esta medida de responsabilidad legal, como son: el cargo de administrador al que se vincula, la obligación o el mandato positivo de cumplimiento que impone la norma y el daño como elemento que aparece en la mayoría de los supuestos prácticos donde se acciona por la vía de los artículos comentados, hemos creído necesario analizar otro aspecto que sería más imprescindible aún para realizar el estudio de la naturaleza jurídica de esta responsabilidad de los administradores sociales.

Ya recogíamos la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria que entiende que estamos ante una medida con naturaleza jurídica sancionadora. Esta afirmación no ha sido siempre tan rotunda, y aunque en la actualidad parezca estar más o menos asentada, hay muchos aspectos que son todavía muy discutidos. Muestra de ello es que se sigue escribiendo sobre el tema, como si no estuviera todo dicho, como si hubiera algo que no termina de convencer.

Anteriormente, las opiniones doctrinales fueron muy oscilantes. Se afirmaba por algunos autores que estábamos ante una sanción, y por otros que ante una medida que se puede encuadrar en la teoría general de la res-

ponsabilidad por daños. Se siguen discutiendo en la actualidad aspectos como la prescripción de la acción, la posible acción de regreso contra la sociedad, la aplicación de causas de exoneración de responsabilidad, las causas de disolución por la que es aplicada esta responsabilidad, etc. No obstante, lo que resulta, a todas luces, más llamativo son las duras consecuencias que lleva aparejada la imposición de esta medida.

No entendemos cómo después de los años se ha llegado a esta opinión mayoritaria, que entiende la responsabilidad de los administradores sociales de los preceptos comentados como una sanción en el Derecho privado, cuando no se ha fijado un concepto de sanción. Parece que se puede deducir de las opiniones vertidas sobre el tema que la sanción privada es una reacción jurídica del Ordenamiento contra las infracciones normativas, diferente de la responsabilidad por daños y con tintes punitivos (85).

Creemos necesario profundizar en el estudio del concepto de sanción como punto central en el análisis de esta medida de responsabilidad legal de los administradores sociales.

1. El concepto de sanción entendido en sentido amplio o entendido en sentido restringido. Conceptualización de la sanción privada.

Establecer un concepto de sanción en el Derecho privado no es una cuestión nada fácil. El término de sanción en sí mismo considerado, y no tanto ya por su aplicación a una rama concreta del Derecho, es un concepto jurídico muy relativo.

Podemos interpretar como sanción cualquier consecuencia que el Ordenamiento jurídico va a imponer cuando se realizan infracciones normativas. De esta manera entendemos la sanción en sentido amplio, y sería catalogable como sanción cualquier tipo de medida, sin que tenga que reunir más requisitos para su aplicación que la antijuridicidad de la conducta autora de la misma.

La responsabilidad por daños sería una sanción desde este concepto amplio de sanción. Se trata de una reacción del Ordenamiento, normalmente ante conductas antijurídicas, destinada a reparar el daño ocasionado.

También podría ser englobado en este concepto amplio de sanción la aplicación de los diferentes regímenes de ineficacia contractual, tales como la nulidad, la anulabilidad, la rescisión, la resolución, el fraude de ley, etc. Así, conforme al tenor literal del artículo 6.3 CC, *“los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas serán nulos de pleno derecho, salvo que se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”*.

(85) ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: ob. cit., p. 1450, habla de función preventiva y represiva; LÓPEZ SANTANA, N.: ob. cit., pp. 10917 y ss.; MACHADO LAZAS, J.: ob. cit., p. 351, habla de función preventiva; PEÑAS MOYANO, M. J.: ob. cit., pp. 247 y ss.

Se puede hablar también de un concepto restringido de sanción. El Ordenamiento privado también impone consecuencias a la comisión de ilícitos privados que tienen un funcionamiento específico. Aparece en ellas una clara finalidad punitiva. Son reacciones específicas del Ordenamiento a la infracción normativa que están destinadas al castigo del autor de la misma. En este sentido, hablamos de un concepto restringido de sanción, que no abarcará ya cualquier consecuencia negativa a la infracción.

Unida a esta función punitiva, que aparece de manera principal en un concepto de sanción en sentido restringido, irá una función preventiva, tendente a evitar la comisión de conductas antijurídicas. El miedo al castigo hace que tales comportamientos no se realicen, tanto con carácter general, para cualquier miembro de la población, que verá cómo la conducta de los otros es castigada, como con carácter especial, sobre el propio autor de la misma de cara a una posible reincidencia.

Defendemos un concepto de sanción privada en sentido restringido, ya que pensamos que sólo desde una delimitación específica, excluyente de cualquier consecuencia a la infracción con carácter general, la sanción privada cobra virtualidad propia y se hace merecedora de un análisis detallado e independiente.

La sanción privada será una medida impuesta a la infracción normativa que va a reunir una serie de presupuestos y características, principalmente la función preventiva y punitiva y la valoración de elementos subjetivos en la imposición de la misma, traducidos en parámetros de culpabilidad. Deben excluirse de la consideración como sanción, tal como nosotros la entendemos, aquellas consecuencias que impone el Ordenamiento, donde puede aparecer una actuación antijurídica de contravención, pero ésta no se configura con el carácter de necesaria. Así, no serán sanciones privadas las consecuencias indemnizatorias impuestas por la causación de daños, donde es este daño el elemento principal y el que hace nacer la necesidad de reparación, y no la posible actuación antijurídica que lo causa. Esta responsabilidad indemnizatoria tampoco tiene una función punitiva, aunque a veces sí desempeña funciones de prevención (86).

(86) La responsabilidad civil resarcitoria puede tener ciertos fines preventivos, pero no punitivos. El fundamento principal de la misma está en la reparación de un daño causado, sea éste lícito o ilícito. Desde esta perspectiva no es que neguemos el elemento de la antijuridicidad en la responsabilidad por daños, sino que consideramos que éste no debe darse necesariamente. SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU: *Prevenir y castigar*, Madrid, 1997, p. 78; PEÑA LÓPEZ, F.: ob. cit., p. 203; PANTALEÓN PRIETO, F.: "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones Públicas)", en *La Responsabilidad Civil en el Derecho*, edición a cargo de Fernando Pantaleón, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 4 (2000), BOE, Madrid, 2001, pp. 167 y ss., habla de una finalidad preventiva en la responsabilidad civil, si bien meramente accidental, porque su finalidad es la puramente resarcitoria.

No son supuestos de sanción la aplicación de los diferentes regímenes de ineficacia contractual, tales como la nulidad o anulabilidad. En éstos aparece la actuación de contravención al ordenamiento jurídico, pero la consecuencia que el mismo señala para dicha contravención no es otra que la vuelta de las cosas a la situación en que se encontraban con anterioridad al hecho de la contravención, como modo de reafirmar la eficacia de las normas. De esta manera, cuando se declara la nulidad absoluta o de pleno derecho de un contrato, dicha declaración de nulidad no supone un castigo, sino que, con esta declaración, el contrato se entiende que nunca existió y desencadena efectos restitutorios de las prestaciones realizadas.

2. Presupuestos de aplicación y principios rectores.

a) *Antijuridicidad.*

El primer elemento necesario para que se pueda aplicar una sanción privada será la antijuridicidad de la conducta en la persona de su autor. La antijuridicidad es concebida por parte de la doctrina como conducta contraria a derecho, aunque ésta siempre ha realizado el estudio de la misma desde la óptica de la responsabilidad resarcitoria y no en el ámbito de las sanciones privadas, donde igualmente aparece (87).

El elemento de la antijuridicidad sí debe darse, de manera necesaria, en la aplicación de sanciones privadas, al contrario de lo que ocurre con la responsabilidad resarcitoria (no es que neguemos la antijuridicidad en la responsabilidad por daños, sino que consideramos que no debe darse la conducta ilícita de forma necesaria) (88). Por el contrario, la mayoría de la doctrina parte de una concepción normativa u objetiva de la antijuridicidad (89). Esta concepción normativa afirma la existencia de la antiju-

(87) Díez-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, Madrid, 2000, pp. 72 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, F.: *Del concepto de daño, hacia una teoría general del derecho de daños*, tesis doctoral inédita, Madrid, 1981; PEÑA LÓPEZ, F.: *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Colección Estudios de Derecho Privado, Granada, 2002, pp. 196 y ss., p. 263: "*La antijuridicidad, desde un punto de vista formal, no es más que la contradicción con lo que establece el Derecho*"; BUSTO LAGO, J. M.: *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, 1998, pp. 49 y ss.

(88) PANTALEÓN PRIETO, F.: *Del concepto de daño...*, ob. cit.; LÓPEZ, A.; MONTÉS, V. L., y ROCA, E.: *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 2001, p. 314, recogiendo la opinión de PANTALEÓN y mostrándose partidario de la misma, afirma que la antijuridicidad no es el elemento necesario en la responsabilidad resarcitoria, sino que son el daño y la culpa los criterios de atribución de dicha responsabilidad.

(89) Teoría extraída del Derecho Penal y que ha sido objeto de traslado al Derecho Civil, sobre todo en lo referente a la responsabilidad civil extracontractual o al Derecho de daños. Esta concepción objetiva de la antijuridicidad, en relación con el Derecho de daños, la han tra-

ridicidad en la responsabilidad civil resarcitoria por la violación del principio general *alterum non laedere*, que impide causar daño a otro (90).

Nos mostramos partidarios de la concepción normativa de la antijuridicidad que entiende la misma como conducta contraria al derecho o al ordenamiento jurídico desde el punto de vista del resultado que produce. Las normas son entendidas como juicios de valor, que resuelven conflictos de intereses y protegen a aquel interés que consideran prevalente. La violación de la norma conllevará un desvalor de resultado, y el análisis de elementos subjetivos de la conducta del agente se realizará en un momento posterior, en el juicio de culpabilidad (91).

Igualmente, partimos de un concepto unitario de antijuridicidad aplicable a cualquier rama del Derecho, tanto público como privado (92). La antijuridicidad es la misma tanto en el Derecho penal, como en el administrativo o en el Derecho civil, lo que cambia son las consecuencias que la normativa impone ante la conducta antijurídica. Así, en el ámbito penal se imponen penas como las multas, las penas de prisión, las de inhabilitación para el ejercicio de cargo, o en Derecho civil, habitualmente, se imponen privaciones de derechos, tales como la privación de la herencia cuando concurren causas de desheredación o la indignidad sucesoria, la privación de la patria potestad del menor, la pérdida del beneficio de inventario, etc.; en el Derecho administrativo, normalmente, se imponen multas de contenido económico (93).

Sí la antijuridicidad se muestra así, como tal concepto unitario, que difiere en su aplicación en las demás ramas del Derecho únicamente por las consecuencias diversas que se hacen derivar de la conducta antijurídica, podemos, al igual que los diferentes autores en relación a la responsabilidad por daños, trasladar los estudios penales existentes sobre la misma al ámbito de lo que nosotros consideramos sanciones privadas.

tado autores como ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, volumen 2.º, octava edición, Barcelona, 1989; Díez-PICAZO, L.: ob. cit.; PANTALEÓN PRIETO, F.: *Del concepto de daño...*, ob. cit., entre otros.

(90) PEÑA LÓPEZ, F.: ob. cit., pp. 264 y ss.; BUSTO LAGO, J. M.: ob. cit., p. 191.

(91) Nos adherimos a la tesis mantenida por PANTALEÓN PRIETO. En contra, por tanto, de la concepción subjetiva de la antijuridicidad que centra la misma en la conducta del agente y termina vinculándola con parámetros de culpabilidad, o de la concepción ética, o concepción psicológica de la antijuridicidad, una que la hace derivar de conductas contrarias a la moral y otra que la enlaza con un elemento psicológico en la persona del autor de la misma.

(92) BUSTO LAGO, J. M.: ob. cit., p. 49: "*Si bien la antijuridicidad es un concepto elaborado fundamentalmente por la dogmática penal, ha trascendido del ámbito de la teoría del delito para pasar a ser una categoría general del Derecho que puede referirse a cualquiera de los sectores integrantes del mismo*".

(93) CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español*, parte general I, quinta edición, Madrid, 2002, pp. 13 y ss., señala que no son penas la privación de derechos civiles o la reparación de daños y que la pena es la sanción más grave que impone el ordenamiento jurídico.

La doctrina civilista ha tratado el tema de la aplicación analógica de las causas de justificación de la antijuridicidad o de exclusión de la antijuridicidad, del ámbito penal al civil de la responsabilidad por daños (94). De esta manera, serían causas de exclusión de la antijuridicidad la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio legítimo de un derecho (art. 20 CP) y el consentimiento del perjudicado, pese a que en el Derecho penal este consentimiento no exime de responsabilidad criminal. Estas causas eliminan la antijuridicidad de la conducta e impiden la imposición de la “sanción”. Observamos, no obstante, la dificultad en la aplicación de estas causas de exclusión de la antijuridicidad en cualquier sanción del ámbito privado. Son actuaciones más propias del ámbito del Derecho público al cual pertenecen y, si se dieran en el Derecho privado, la mayoría de las veces tendrían también una repercusión penal (95).

b) Culpabilidad.

En el mismo sentido que recogimos respecto a la antijuridicidad civil, la culpabilidad ha sido estudiada por la doctrina civilista como criterio de atribución de responsabilidad por daños, en un sistema atípico de responsabilidad subjetiva (art. 1.902 CC) con carácter general. La imposición de una responsabilidad objetiva deberá venir expresamente determinada en la Ley y será la excepción a una regla general de responsabilidad por culpa (96).

Mientras que la antijuridicidad se centra en el dato objetivo de la trasgresión normativa y atiende al resultado producido, la culpabilidad es el posterior juicio de reproche al autor por la infracción de una norma preexistente (97).

(94) BUSTO LAGO, F.: ob. cit., p. 189; PEÑA LÓPEZ, F.: ob. cit., pp. 272 y ss.

(95) Así, por ejemplo, podrían ser aplicables causas de exclusión de antijuridicidad en los supuestos de indignidad sucesoria, como la derivada de la muerte del cónyuge. En este sentido hablamos de repercusión penal, de las causas de exclusión de la antijuridicidad en el ámbito privado.

(96) PUIG PEÑA, F.: Voz “Culpa civil”, en *Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo VI, Barcelona, 1975, p. 109: “*Domina pues, en la moderna doctrina, como principio general incommovible, el de la culpabilidad. Sólo en determinados sectores y para especiales supuestos cabe aceptar como más fructífero y más humano el principio objetivo de la causalidad, bien en su forma pura, bien invirtiendo la carga de la prueba*”.

(97) Díez-PICAZO, L.: ob. cit., p. 357. PEÑA LÓPEZ, F.: ob. cit., p. 279: “*La culpabilidad es un concepto que engloba a todos los elementos relativos a la actitud del dañador respecto al hecho dañoso, abarcando tanto la culpa en el sentido de dolo o negligencia, como la culpa en su sentido más estricto de negligencia y a la capacidad de culpa o imputabilidad*”. Es esta la postura de la concepción normativa de la antijuridicidad. La concepción subjetiva entiende la culpabilidad como variante de la antijuridicidad, al centrarse sobre la conducta y sobre el autor de la misma. Defensor de la concepción subjetiva de culpa es SANTOS BRIZ, J.: “La culpa en el Derecho civil”, en *Rev. D. Pr.*, 1967, pp. 614-640.

La responsabilidad por daños puede ser objetiva, según la evolución doctrinal y jurisprudencial sufrida, pero las sanciones privadas necesitarán un criterio de atribución subjetivo ineludiblemente, no sólo porque puedan ser medidas con parámetros de mayor gravedad o reprochabilidad respecto a la responsabilidad por daños (ello en ocasiones puede no suceder), sino porque atienden a finalidades y funciones completamente distintas. Una sanción privada, destinada al castigo y la prevención de conductas a semejanza de las sanciones penales, no puede ser impuesta sin tener en cuenta los aspectos subjetivos de la conducta del agente; con ello hacemos referencia al juicio de culpabilidad (98).

En dicho juicio de culpabilidad se van a valorar, en primer lugar, la imputabilidad de la conducta a su autor (99) y, en segundo lugar, la culpa, entendida ésta en sentido amplio, abarcando tanto la conducta dolosa como la imprudente (100).

Estos elementos de imputabilidad y de culpa atienden al sujeto y a su capacidad de discernimiento para la realización de la conducta contraria al derecho, así como a una voluntad directa o imprudente en su actuar. Sólo si es imputable dicha actuación en la persona de su autor y si reali-

(98) PEÑA LÓPEZ, F.: ob. cit., p. 227: *"Con las penas privadas se trata de castigar, acentuando la prevención, ciertas conductas especialmente reprobables inscribibles dentro de la forma de culpabilidad dolosa o de la culpa grave. De esta manera, si tal tipo de sanciones punitivas civiles existiesen en el ordenamiento jurídico español sería lógico suponer que se encontrarían ligadas a un régimen de responsabilidad por culpa"*.

(99) Díez-PICAZO, L.: ob. cit., pp. 365 y 366: *"Para que pueda formularse un juicio de culpabilidad es preciso que en el sujeto concurren las condiciones necesarias para ello y, en especial, la denominada capacidad de discernimiento o capacidad de culpa. Ningún texto del Código Civil lo exige de manera especial. En particular, una situación de exclusión de la responsabilidad de los menores y de las personas que padecen enfermedades mentales, no se encuentra expresamente afirmada"*. Sigue diciendo que una no imputabilidad de la responsabilidad a los menores de edad no puede deducirse del artículo 1.903 CC, aunque señale que son responsables los titulares de la patria potestad, tutores o guardadores, PANTALEÓN PRIETO, F.: Voz "Culpa civil", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo II, Madrid, 1995, p. 1865: *"Para responder civilmente por culpa, es preciso ser capaz de culpa civil, ser «civilmente imputable»*. A falta de una norma que defina la cuestión, sólo cabe decir genéricamente que son incapaces de culpa civil no todas las personas penalmente inimputables, sino sólo aquellas "naturalmente incapaces de entender y de querer"; PEÑA LÓPEZ, F.: ob. cit., p. 306: *"(...) entendemos que la imputabilidad es un requisito previo para poder reprochar a un sujeto que su conducta no se ajusta a las exigencias del ordenamiento jurídico, lo cual es precisamente en lo que consiste el juicio de culpabilidad. La capacidad del sujeto de ajustar su actuación a las prescripciones normativas, es a nuestro modo de ver un requisito sine qua non para declarar la responsabilidad subjetiva"*, p. 319: *"Dado que la culpabilidad jurídica consiste en el reproche subjetivo por haber realizado en forma desaprobada un comportamiento contrario a Derecho. El requisito ineludible para realizar el reproche está constituido precisamente por la capacidad de conocer que el comportamiento es contrario a Derecho"*.

(100) La culpa puede ser entendida también en sentido restringido, haciendo referencia exclusivamente a la imprudencia o falta de diligencia exigible. En este sentido, PUIG PEÑA, F.: ob. cit., pp. 102 y ss.

zó la misma de forma dolosa o gravemente negligente, le será de aplicación la sanción privada (101).

En el ámbito de las sanciones privadas y desde un sentido estricto de la culpa civil, entendida ésta como negligencia, quedan excluidos los supuestos de culpa leve, siendo relevante únicamente los supuestos de culpa grave. Deberá ser valorada, además, en concreto o en sentido subjetivo, no *in abstracto*, o de manera objetiva, conforme a parámetros de diligencia del hombre medio. Debe ser tenida en cuenta la diligencia exigible al infractor de la norma de acuerdo con sus circunstancias personales, físicas y síquicas (102). Creemos, sin embargo, que también se puede atender a una concreción tipológica de la falta de diligencia, esto es, que en ocasiones la imprudencia o negligencia de la conducta en la persona de su autor puede ser medida según criterios de profesión o grupo de personas o edades, en el mismo sentido que la trata PANTALEÓN para la responsabilidad civil (103).

c) *Principio de tipicidad y función preventivo-punitiva.*

La imposición de sanciones privadas, al igual que la imposición de sanciones penales, obedece a motivos de política legislativa de una determinada sociedad y en un determinado tiempo. Aparecen vinculadas a un interés general, o pueden imponerse para la protección de intereses particulares, al tener relación directa con preceptos constitucionales.

El poder ejecutivo en un determinado período de tiempo se va a encargar de regular determinadas situaciones necesitadas de tutela o salvaguarda legal y va a configurar una normativa imperativa de obligado cumplimiento. Además de ello, esto es, además de hacer estos preceptos vinculantes y obligatorios para toda la población, va a imponer consecuencias determinadas para el supuesto de que estas normas sean vulneradas.

(101) En el mismo sentido que en el Derecho penal: *nullum crimen sine culpa*.

(102) La culpa civil en el ámbito de la responsabilidad por daños es medida en abstracto, atendiendo a un criterio de diligencia media, al contrario de lo que ocurre en la culpa en el ámbito penal, que deber ser medida en concreto, según la persona de su autor. En circunstancias semejantes actuaría la culpa en el ámbito de las sanciones privadas.

(103) PANTALEÓN PRIETO, F.: Voz "culpa civil", ob. cit., p. 1864, en relación con el artículo 1.104 CC, que estima aplicable por analogía a la responsabilidad civil extracontractual: "*Las referencias del artículo 1.104.I CC a la «naturaleza de la obligación» y a las «circunstancias de las personas» obligan a afirmar que la objetivación del patrón de diligencia exigible no es absoluta sino «tipológica», debiendo diferenciarse fundamentalmente grupos de actividades o profesiones y grupos de edades o aptitudes físicas o intelectuales generalizables (p. ej., el cuidado exigible a un anciano impedido es el razonablemente exigible a los ancianos impedidos, no a los adultos sanos). El modelo de diligencia con el que se calibra la culpa civil no es puramente objetivo, sino objetivo-típico*".

Con la idea de hacer que estas normas, que nacen con una determinada finalidad, se cumplan, de prevenir, por tanto, el incumplimiento y de castigar si dicho incumplimiento se produce, se procede a regular una consecuencia sancionadora a la infracción (104).

La sanción en el Derecho privado, al igual que en el Derecho público, debe venir expresamente tipificada, bien unida a la norma imperativa de la cual deriva o bien dispuesto de manera separada, pero siempre vinculada a la misma (105).

La función preventivo-punitiva también aparece en cualquier sanción en general, ya sea civil, penal, administrativa, fiscal, etc. Serán características de otra índole las que diferencian estas diversas categorías de sanciones, como puedan ser las derivadas de las materias que regulan, o vinculadas solamente a razones de tipo cuantitativo, más que cualitativo, aunque no negamos que estas últimas diferencias existan.

Debe darse una perfecta conjunción entre las funciones preventivo-punitiva y la sanción que se va a imponer, esto es, la sanción debe servir como modo eficaz para prevenir la realización de una determinada contravención legal y como modo eficaz de castigo al autor de la misma. En la medida que esta sanción no consiga prevenir o castigar el incumplimiento legal deberá ser cuestionada, en el sentido de conseguir las funciones que debe desempeñar como tal precepto sancionador.

d) Presunción de inocencia y otros principios rectores.

Las sanciones privadas, en cuanto que suponen un castigo para el autor de la conducta, deben respetar el principio de presunción de inocencia aplicado en el ámbito de las penas por el Derecho penal, al estar ambas dirigidas a castigar determinados comportamientos.

Aunque las sanciones privadas no pueden ser consideradas como penas en el mismo sentido que tal concepto es entendido en el Derecho penal, sí tienen determinados puntos en común en su funcionamiento que

(104) Respecto a las teorías de la pena, teorías unitarias, absolutas y mixtas de la pena. En concreto, la teoría mixta de la pena considera el fin último de la misma el castigo y la prevención de conductas. Extraídas de la doctrina penal y, entendemos nosotros, igualmente aplicable a las sanciones civiles propiamente dichas.

(105) Al igual que en el Derecho penal, se hace necesario la tipicidad de la conducta para la imposición de lo que hemos llamado sanciones privadas propiamente dichas. Si consideramos la sanción civil en sentido amplio, como cualquier consecuencia a imponer por la infracción de preceptos imperativos, entraría en el concepto de sanción figuras como la responsabilidad resarcitoria o cualquiera de los regímenes de ineficacia contractual, y no se haría necesario la tipicidad de la conducta, apareciendo en estos casos, para la aplicación, por ejemplo de la consecuencia resarcitoria, una cláusula general como es la contenida en el artículo 1.902 CC.

hacen que podamos extrapolar algunas de las teorías penales al ámbito civil de las sanciones privadas.

La persona sobre la que se pretende recaiga la sanción a la contravención deberá ser la autora de la misma y deberá probarse este hecho, demostrando así que la contravención fue efectivamente realizada por ella. Además, deberá igualmente probarse un comportamiento culpable en su actuación.

No podemos entender la sanción privada, desde la concepción restringida que hemos mencionado, sin proceder a exigir la autoría y la culpabilidad de la persona sobre la que recae, así como la prueba de estos dos elementos.

La jurisprudencia ha considerado no aplicable el principio de presunción de inocencia en el ámbito de la responsabilidad por daños (106), pero nosotros partimos de un concepto de sanción donde queda excluida de la consideración como tal esta medida resarcitoria.

Si los Tribunales hablan de sanción privada y presumen la culpa del autor, no entienden aplicable el principio de presunción de inocencia al ámbito de las sanciones privadas o parten de un concepto de sanción privada diferente al que nosotros hemos afirmado.

Otro principio que debe ser apreciado en la aplicación de sanciones privadas es el de interpretación restrictiva. En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia en supuestos de sanción privada, como es la aplicación de una cláusula penal, o respecto a la aplicación de causas de desheredación, de indignidad, o de privación de patria potestad (107).

También entendemos que otro principio penal que debe ser necesariamente aplicable al ámbito de las sanciones privadas, en cuanto éstas suponen un castigo para el autor de la infracción, es el principio de proporcionalidad. No podemos infringir un castigo a una persona por una conducta que entendemos reproachable si este castigo no es proporcionado a la gravedad de la conducta contraventora.

3. La responsabilidad legal de los administradores sociales desde nuestra consideración de la sanción privada.

La conducta del administrador de las sociedades de capital se revela como antijurídica en cuanto que vulnera o contraviene una norma impe-

(106) STS de 26 de julio de 1985.

(107) En relación con las causas de desheredación, STS 675/1993, de 28 de junio. Sobre la privación de la patria potestad las SSTs 278/1993, de 26 de marzo; 653/2004, de 12 de julio, de 23 de julio de 1987. La STS de 11 de febrero de 1946 sobre la indignidad sucesoria. SSTs 898/2002, de 8 de octubre, 188/2002, de 5 de marzo, y 650/2000, de 30 de junio, sobre la cláusula penal, entre otras muchas.

rativa del Ordenamiento jurídico (arts. 262.2 y 262.4 TRLSA y arts. 105.1 y 105.4 LSRL). No entramos a valorar, para calificarla como tal, aspectos subjetivos de la conducta del administrador, aspectos éstos que deberán analizarse en el posterior juicio de culpabilidad.

El administrador, miembro del Consejo de Administración, que se opone al acuerdo o hace todo lo posible por evitarlo, no estaría afectado por una causa de justificación de la antijuridicidad, sino que creemos que el ámbito donde debe ser analizado este dato es en el de la culpabilidad. La conducta de este administrador es antijurídica porque debe ser valorada de forma colectiva, como producto del órgano colegiado a quien pertenece y junto con la de los restantes administradores, como parte integrante del órgano de administración, que es el que emite el acuerdo contrario a Derecho.

El administrador social debe ser culpable del incumplimiento de este mandato legal, bien porque no convoque la Junta o no solicite la disolución judicial de la sociedad de forma dolosa o de forma gravemente negligente. No se puede hacer responder al administrador si hubiese obrado afectado por una culpa leve y esta culpa del administrador debe probarse. Veámos que las opiniones doctrinales y jurisprudenciales estimaban que el administrador social responde directamente cuando aparece el hecho del incumplimiento sin entrar a valorar nada más (108). No se plantean la culpabilidad grave o el dolo de este administrador para hacerle responder y parece que se está presuponiendo un cierta culpabilidad en su actuar sin tener que ser demostrada. Ello ha hecho que se hable de responsabilidad objetiva en estos casos, pero consideramos que es imposible hablar de objetividad en la imposición de una sanción privada.

La consideración de esta medida como sanción hace que debamos estudiar y valorar el comportamiento del administrador. De este modo, si el administrador cesó en el cargo antes de que apareciera la causa de disolución, no le será imputable la conducta antijurídica porque ni siquiera realizó la contravención legal. Al administrador que contraviene la obligación legal o el mandato imperativo del artículo 262.5 TRLSA podría, igualmente, no serle imputable la infracción legal si está afectado por graves alteraciones o deficiencias síquicas que le impidan conocer la entidad del hecho o actuar conforme a esa comprensión (no procedería una inimputabilidad basada en la minoría de edad, ya que sería inmediatamente destituido del cargo, de conformidad con el art. 124 TRLSA y 132 del mismo cuerpo legal). No obstante, la doctrina civilista estima que no resulta procedente una aplicación analógica de las causas de inimputabilidad penal al ámbito civil de la responsabilidad por daños, en base a una inter-

(108) En este sentido, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia.

pretación literal de los artículos 20 y 118 CP (109). Consideramos, sin embargo, aplicable por vía analógica estas causas de inimputabilidad penal al ámbito civil de las sanciones o penas privadas.

El administrador miembro del Consejo de Administración que votó en contra del acuerdo o hizo todo lo posible por impedirlo, actúa de manera no culpable, esto es, resulta afectado por una exención de culpabilidad, pese a que esta conducta le sea perfectamente imputable. No actúa negligentemente porque no le puede ser exigida otra conducta atendiendo a la diligencia de un buen administrador (criterio tipológico) o, en concreto, conforme a sus circunstancias personales (culpa subjetiva o *in concreto*).

Observamos también que la normativa mercantil tipifica expresamente la obligación de convocatoria o de solicitud de la disolución judicial y tipifica expresamente la consecuencia a la infracción en los preceptos comentados (arts. 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL). El principio de tipicidad resulta de aplicación en este ámbito de la responsabilidad legal de los administradores sociales.

Las opiniones doctrinales recogidas sobre la responsabilidad legal de los administradores sociales parten de una función de prevención y castigo para calificarla como sanción. Con dicha medida se está castigando a los administradores y este castigo consiste en hacerles responder de las deudas de la sociedad de manera solidaria. Son castigados cuando incumplen la obligación impuesta de convocar la Junta o solicitar la disolución judicial de la sociedad. Se intenta también que el temor a la imposición del castigo, tanto con carácter general respecto a cualquier administrador social, como con carácter especial respecto a aquel que ha incumplido, no sea realizado el comportamiento ilícito.

La función punitiva del precepto está claramente determinada: la punición o castigo conlleva una consecuencia perjudicial directamente relacionada a la acción de incumplimiento de la norma, y sobre el autor material de este incumplimiento. Se le castiga imponiendo una consecuencia perjudicial por la realización de la conducta prohibida en vía legal y por razón de intereses superiores vinculados al precepto imperativo.

Ya afirmábamos que la finalidad de la norma es evitar la disolución de hecho de sociedades. Se van a intentar prevenir incumplimientos de la obligación de disolver. Con ello se consigue la protección del tráfico mercantil y la protección de los intereses de los acreedores sociales. Estos acreedores, antes de concertar cualquier crédito mercantil, van a tener conocimiento de la situación económica por la que atraviesa la empresa. Se dará, de esta manera, mayor fluidez y seguridad a las operaciones mercantiles.

(109) PUIG PEÑA, F.: ob. cit., pp. 103-117.

Deberá probarse que el administrador ha incumplido la obligación de convocar o disolver que señala la Ley. La carga de la prueba del incumplimiento debe recaer sobre la persona que alega que se ha cometido esta infracción legal. Esta prueba no debe centrarse exclusivamente en el dato del incumplimiento y la autoría del administrador, que se revela por este hecho al ser éste el directamente obligado a ello, sino que deberá demostrar, además, que dicha actuación fue realizada de manera culpable.

Se viola el principio de presunción de inocencia si es el administrador el que debe probar que no incumplió la norma, que a él no le es imputable la infracción, o que no actuó de manera culpable en dicho incumplimiento.

De la práctica judicial anteriormente analizada podemos observar que el acreedor social se limita a alegar el incumplimiento (110). Es el administrador el obligado a realizar la conducta y dicho incumplimiento presupone su autoría, pero, a partir de ahí, se presume que su actuación es culpable o se afirma que dicha responsabilidad es objetiva. Si se establece una presunción de culpabilidad en su actuación se vulnera el principio de presunción de inocencia que debe regir en la imposición de sanciones privadas. Si se afirma que no hace falta el requisito de la culpa, estimando que dicha responsabilidad es objetiva, se vulnera igualmente el principio de culpabilidad que, de la misma manera, debe exigirse en esta medida.

Creemos que los tribunales, aunque hablan de responsabilidad objetiva, más que considerar no necesario el requisito de la culpa, presumen la existencia de la misma (111). Estiman que el comportamiento del administrador es en sí mismo culpable al no cumplir con el mandato legal. Actúa al menos de forma negligente el administrador que no procede a convocar la Junta, a disolver la sociedad o a eliminar las causas de disolución existentes. Aunque es cierto que, en la mayoría de las ocasiones, la actuación del administrador que incumple la norma será una actuación negligente, esta negligencia debe probarse, no puede presumirse desde nuestra consideración de sanción privada.

Siendo coherentes con el concepto de sanción del que partimos, deberíamos interpretar restrictivamente la aplicación de esta responsabilidad

(110) *Vid.* anterior apartado F) 2. Análisis Jurisprudencial.

(111) En el mismo sentido, QUIJANO GONZÁLEZ, J.: "La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración", en *Revista de Sociedades*, número 19, 2002-2, p. 75, habla de presunción de imputabilidad del administrador: "... la solidaridad es el efecto de una presunción de imputabilidad colectiva que alcanza a todos los miembros del órgano de administración y que invierte la carga de la prueba en su contra, de modo que la exoneración de responsabilidad sólo beneficiará al administrador individual que destruya la presunción mediante la prueba de unos hechos suficientes para estimar que el incumplimiento no le es imputable y, en consecuencia, declare libre de responsabilidad".

legal cuando sea dudoso el hecho del incumplimiento de la obligación. Así, por ejemplo, no se debería aplicar esta medida si se han realizado una serie de actuaciones tendentes a erradicar las causas de disolución, como un aumento o disminución del capital social, o cuando sea dudosa la culpabilidad del administrador en el incumplimiento (112).

Si es dudosa la apreciación por los tribunales del requisito de la culpabilidad, sí resulta claro que esta medida de responsabilidad legal *no es proporcionada* con la conducta infractora. Aunque este incumplimiento legal se haya realizado de manera culpable, no se justifica que la sanción aplicable sea de una gravedad tan extremada, conforme con la interpretación dada por la doctrina y jurisprudencia de responsabilidad no subsidiaria, y por todas las deudas, anteriores o posteriores a que surja la obligación de convocatoria o disolución. En este sentido de medida desproporcionada o extremada sí se ha pronunciado la doctrina (113).

Resulta paradójico que una medida que sea tenida como una sanción en el ámbito privado, pese a cumplir una función de prevención y punitiva, estar expresamente tipificada, imponerse por una actuación antijurídica, no cumpla, sin embargo, con los requisitos de culpabilidad o de proporcionalidad, nada se diga de interpretación restrictiva y no se aplique el principio de presunción de inocencia, presumiendo la culpa de su autor.

Pensamos que estos principios son necesariamente aplicables desde el concepto de sanción en sentido restringido que defendemos. Ello nos lleva a afirmar que la responsabilidad legal de los administradores sociales no puede ser considerada una sanción privada. Naturalmente sí sería una sanción desde el concepto amplio que hemos expuesto antes. Los autores hablan de sanción y de una función punitiva, por lo que creemos están pensando en una sanción en sentido restringido. También afirman que es una sanción porque consideran esta medida un supuesto diferente a la responsabilidad por daños. La ausencia de estudios sobre la sanción privada hace muy difícil llegar a establecer qué entienden ellos por sanción.

4. Naturaleza jurídica de la medida impuesta en los artículos 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL.

Desde esta conceptualización de la sanción privada, y con el análisis anterior de los elementos que integran la responsabilidad legal de los ad-

(112) RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., y HUERTA VIESCA, M.^a I.: ob. cit., pp. 314 y 315, afirman que la norma debe interpretarse restrictivamente.

(113) BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: "Pérdidas y responsabilidad...", ob. cit., habla de medida desmesurada; DE EIZAGUIRRE: ob. cit., afirma que la norma tiene una severidad inaudita y extremada; VICENT CHULIÁ, F.: "Variaciones mercantiles...", ob. cit., habla de norma que puede ser injusta y extremada, innecesaria e inadecuada, que debe ser modificada o suprimida; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: ob. cit., afirma que impone duras consecuencias.

ministradores sociales, vamos a intentar fijar la naturaleza jurídica de esta medida.

Después de todas las opiniones doctrinales vertidas sobre el tema, algunas argumentaciones nos resultan un tanto confusas: se afirma que es una sanción porque no es un supuesto de responsabilidad por daños, se impone por el simple hecho del incumplimiento de la obligación legal porque es una sanción, responde el administrador de todas las deudas sociales porque tiene una función punitiva. Estas respuestas no son demasiado esclarecedoras y pueden servir, a su vez, como preguntas y respuestas unas de otras.

Estamos de acuerdo con el hecho de que estos preceptos necesitarían una reforma en su redacción. Esta reforma podría ser de gran ayuda para llegar a una opinión más acertada sobre el tema. La redacción confusa ha sido la causa de esta batalla doctrinal para averiguar el verdadero sentido de los mismos (114).

En el estudio de la naturaleza jurídica de la responsabilidad legal de los administradores sociales hemos querido ser eminentemente prácticos en nuestra investigación. ¿Por qué se impone por el legislador una medida tan severa? La severidad del precepto puede llegar hasta puntos extremos. Si aplicamos los preceptos estudiados, tal y como son interpretados por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, resulta que el administrador responde por todas las deudas sociales, de manera solidaria con la sociedad. Podría ser reclamada la deuda al administrador aunque la sociedad tenga patrimonio suficiente. Si el administrador paga la deuda, se niega, incluso, un posterior derecho de repetición contra la sociedad, porque, afirman algunos, se perdería la virtualidad sancionadora del precepto (115). Además, queda abierta la vía de accionar en reclamación de responsabilidad por daños, ya que esta medida no actúa de manera sustitutiva. Re-

(114) De hecho existe ya una enmienda (núm. 34) presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso al Proyecto de Ley sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, que propone la adición de una nueva disposición final, como disposición final primera, para la reforma de determinados aspectos del régimen jurídico de las sociedades anónimas. Se propone la modificación del artículo 262.5 LSA, que quedará redactado de la siguiente forma: "5. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o concurso"; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIA MARTÍN: "Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de Sociedad Anónima por no promoción de la disolución en caso de pérdidas (art. 262.5 LSA)", STS 1.ª de 16 de diciembre de 2004", ob. cit., p. 314.

(115) RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., y HUERTA VIESCA, M.ª I.: ob. cit., p. 109.

sulta, entonces, que el administrador deberá pagar cualquier deuda social que le sea reclamada, de manera objetiva, con independencia de la cuantía o de cualquier otra cosa. El acreedor social, igualmente, podría reclamar por los daños que esta actuación de contravención le haya podido causar y, de la misma manera, podrá reclamar daños la sociedad o cualquier tercero si hubieran sufrido algún tipo de perjuicio por la comisión de este ilícito. Con estos resultados prácticos, la profesión de administrador de sociedades de capital se convierte en una profesión muy arriesgada y, dudosamente, sería una profesión querida por todos.

Concertar un seguro para que pague por el administrador en los supuestos de responsabilidad sería algo complicado de conseguir. Los costes de este seguro tendrían que ser asumidos por la sociedad o, si son asumidos por el administrador, se tendría que aumentar el salario de éste de forma considerable. Convertir esta responsabilidad en asegurable sí restaría virtualidad sancionadora al precepto.

La finalidad de la norma es claramente tuitiva de los intereses de los acreedores sociales, pero para proteger a estos acreedores sociales no hay que imponer una medida de tan duras consecuencias al administrador social. No existe interés digno de protección que justifique la aplicación de una responsabilidad de esta índole.

Los preceptos estudiados, en su mención literal, recogen otras causas de disolución social, por las que nace, igualmente, la obligación de convocar la Junta o solicitar la disolución judicial de la misma, pero en la práctica es la causa consistente en pérdidas patrimoniales la que más se da cuando son demandados los administradores por esta vía (116). Si la causa de disolución son las pérdidas patrimoniales aparece, de forma necesaria, un daño al acreedor social consistente en la imposibilidad de cobrar la deuda (117).

Se da una actuación antijurídica cuando el administrador social incumple la obligación de convocatoria o disolución judicial. Cuando se acciona en la práctica por esta vía aparece, en la mayoría de las ocasiones, un daño al acreedor social consistente en la imposibilidad de cobrar la deu-

(116) Vid. anterior apartado F) 2.

(117) Vid. anterior apartado D) 2. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., y HUERTA VIESCA, M.^a I.: ob. cit. p. 100, aunque afirma la naturaleza jurídica de sanción de esta medida, dispone que: *"En estos supuestos que venimos refiriendo, de quiebra de la sociedad anónima, la acción de responsabilidad de los administradores ex artículo 262.5 LSA opera también como una acción de daños, en la medida en que ayuda a reparar los daños que para los acreedores sociales supone la situación de insolvencia de la sociedad (tales daños no son otros, en ese caso, que la imposibilidad de cobrar de la sociedad anónima sus créditos, al haberse acudido, ya a instancia de los acreedores o de la propia sociedad, a un procedimiento concursal de insolvencia definitiva como es el de quiebra...)".*

da, directamente causado por la conducta antijurídica del administrador social. El comportamiento de éste es, por sí mismo, un comportamiento negligente, ¿por qué no afirmar que estos preceptos deberían ser entendidos como un supuesto de responsabilidad por daños? Desde esta consideración, la normativa estudiada no sería tan severa. El administrador social sólo responde de las deudas sociales cuando con su conducta de incumplimiento normativo haya sido el causante de un daño al acreedor consistente en la imposibilidad de cobrar la deuda social (118).

En todos los fallos judiciales se recoge una idea de perjuicio patrimonial (119). Este perjuicio al acreedor social es una realidad práctica, ¿por qué, entonces, se niega que con esta medida se esté reparando un daño, o quienes afirman que se está reparando un daño niegan que estemos ante una medida de naturaleza reparadora o indemnizatoria?

La naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal que se recoge en el artículo 172.3 LC es también discutida (120), pero esta responsabilidad no tiene un alcance tan extremado como la responsabilidad legal que estudiamos. No tiene sentido interpretar la responsabilidad legal de los administradores sociales de forma tan amplia que haga responder a los administradores sociales de todas las deudas sociales, ni siquiera entendiendo

(118) En el mismo sentido de considerar que estamos ante un supuesto de responsabilidad por daños, PRENDES CARRIL, F.: ob. cit., p. 704: "... este precepto recoge un régimen de responsabilidad que completa y hace mucho más riguroso el régimen común de los artículos 133 a 135 LSA. Desde esta posición, su naturaleza no deja de ser una acción de responsabilidad basada en la Teoría general civil de la responsabilidad por daños, exigiéndose el triple requisito, presupuestos de responsabilidad, del daño, culpa o incumplimiento (acción u omisión), y relación casual, a más de la antijuridicidad de la conducta; bastando con probar el incumplimiento por parte de los administradores de los deberes que la ley les impone cuando una causa de disolución del tipo de las contempladas en los números 3, 4, 5, 7 del apartado 1.º del artículo 260 LSA (art. 104 LSRL) ha hecho acto de aparición. Estaríamos, pues, ante una manifestación especial del régimen más general de responsabilidad de los administradores contenido en los artículos 133-135 y ss. de la LSA, sin que quepa desvincular la responsabilidad de los administradores de la reprochabilidad de su conducta y del nexo causal con el daño producido".

(119) Vid. anterior apartado F) 2, en especial las SSTs 1080/2003, de 17 de noviembre, y 328/2004, de 7 de mayo.

(120) MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIA MARTÍN, F.: "Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las Sociedades de Capital", ob. cit., p. 117: "Si bien la responsabilidad del artículo 172.2.3.º LC es claramente indemnizatoria (indemnizar a la masa los daños y perjuicios causados), la naturaleza jurídica de la responsabilidad del artículo 172.3 LC no se deduce del tenor literal de la Ley y es discutida por la doctrina: frente a aquellos autores que la califican ésta como una «responsabilidad-sanción» absolutamente desvinculada del daño que la conducta de los administradores en relación con la causación o agravamiento de la insolvencia haya causado al patrimonio del deudor, se ha dicho que la responsabilidad hay que limitarla a los créditos que hayan resultado fallidos total o parcialmente a consecuencia del comportamiento de los administradores que haya causado un daño a la sociedad que, derivativamente, habría trascendido a los acreedores (daño indirecto). Se trataría, por consiguiente, de una responsabilidad «indemnizatoria»".

esta medida como medida con una naturaleza jurídica no indemnizatoria.

Nosotros negamos que la naturaleza jurídica de los preceptos estudiados sea sancionadora en vía civil, como mencionamos anteriormente y por las razones antes expuestas (121). Afirmamos, además, que su verdadera naturaleza jurídica es reparadora. Estamos ante una responsabilidad legal que puede ser encuadrada en la Teoría General de la responsabilidad por daños porque todo apunta hacia esta dirección.

Los preceptos estudiados son un supuesto de responsabilidad por daños que no resulta reiterativo de la responsabilidad por daños del administrador social regulada en los artículos 133-135 TRLSA. Los artículos 262.5 TRLSA o 105.5 LSRL establecen una responsabilidad por daños específica, donde sólo el acreedor social tiene legitimación activa para accionar en vía judicial. También es motivo de esta regulación independiente la imposición de una presunción de culpa y de relación de causalidad en la conducta del administrador (122). Se presume *iuris tantum* que el administrador es culpable de este incumplimiento y que este incumplimiento ha sido el directamente causante del daño al acreedor (123). Regula la Ley, específicamente en estos preceptos, una responsabilidad por daños que sólo va a poder ser accionada por el acreedor social, ante un supuesto específico de actuación antijurídica y por un daño concreto consistente en la imposibilidad de cobro de los créditos sociales.

Esta presunción de culpa y de relación de causalidad se debe a razones prácticas de eliminación de problemas de dificultad probatoria, y no podemos pretender ver en ella la imposición de un castigo al administrador social.

La imposición de la responsabilidad legal protege a los acreedores sociales cuando realmente necesitan esta protección: cuando la sociedad no puede hacer frente al pago de la deuda, por tanto, cuando aparece el daño al acreedor social.

El administrador social responderá de manera solidaria con la sociedad de esta deuda social. La sociedad seguirá siendo responsable porque

(121) Vid. anterior apartado.

(122) Sobre todo una presunción de relación causal, ya que la presunción de culpa igualmente aparece de la consideración de responsabilidad solidaria en la responsabilidad por daños de los preceptos 133-135 TRLSA, para los supuestos de órgano de administración colegiado.

(123) QUIJANO GONZÁLEZ, J.: "La responsabilidad de los administradores...", ob. cit., p. 73, aunque opina que estamos ante un supuesto de sanción, afirma lo siguiente: "*Basta pasar revista a la base más frecuente de las demandas que se presentan ante los Tribunales con este fin, para comprobar que el régimen general de los artículos 133 y siguientes (y en especial la acción individual del art. 135) ha quedado relegado a un ámbito meramente residual. Este efecto sustitutivo tiene mucho que ver con las características del nuevo supuesto y, más concretamente, con la considerable automaticidad que permite ponerlo en marcha con base en requisitos y circunstancias que aligeran notablemente la carga probatoria del demandante*".

es la directamente obligada al pago de la deuda. Si paga el administrador puede luego repetir el importe satisfecho contra la sociedad. Negar un posterior derecho de repetición de éste haría que la sociedad resultara directamente beneficiada con la imposición de esta medida. No obstante, la función reparadora de la norma no se vería frustrada si el administrador social repite el importe satisfecho contra la sociedad.

La función punitiva que se interpreta tiene la norma, ha sido la razón fundamental para afirmar que estamos ante un supuesto de sanción o pena civil. Entendemos que esta función punitiva se ha visto desde una visión equivocada y preconcebida de esta responsabilidad, como responsabilidad objetiva y por “todas” las deudas sociales. La función preventiva de la norma es clara, y la función reparadora es la que le sirve de fundamento de imposición. La función punitiva no se da en realidad, pero, incluso si ésta se diera, igualmente la medida podría ser entendida como un supuesto de responsabilidad por daños. En este sentido, nos mostramos partidarios de la opinión de PANTALEÓN PRIETO al afirmar que la función preventiva pueda aparecer en la responsabilidad por daños, e incluso, la función punitiva si así estuviera expresamente dispuesta (124).

Serían perfectamente aplicables a esta responsabilidad legal de los administradores sociales las causas de exoneración de responsabilidad del artículo 133.2 TRLSA, desde su consideración de responsabilidad indemnizatoria, y no desde una aplicación analógica de la norma, como afirman los autores mayoritarios. Como medida que recoge un supuesto de responsabilidad por daños, resultaría aplicable, de la misma manera, el plazo de prescripción de la acción de cuatro años que establece el artículo 949 CCom para las acciones contra los socios gerentes o administradores de las sociedades.

No puede ser exigida esta responsabilidad legal al administrador social que incumple el mandato legal si un interesado procede a solicitar la disolución judicial de la sociedad, de acuerdo con la posibilidad que le ofrece el artículo 262.3 TRLSA. La doctrina mayoritaria también opina de esta manera, pero ello no se entiende desde su configuración como sanción civil. Pensamos que no puede ser exigida esta responsabilidad legal al administrador social porque, en estos casos, no aparecería el daño al acreedor social como elemento fundamental para que tal responsabilidad nazca. Sí respondería si este daño llega a aparecer en el intervalo de tiempo que media entre la inactividad del administrador y la actuación del interesado. Igualmente, si la sociedad procede al pago de la deuda, se extingue esta responsabilidad hacia el administrador porque no habría daño que

(124) PANTALEÓN PRIETO, F: “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual...”, ob. cit., p. 169.

reparar. No tiene sentido vincular la aplicación de una sanción a un supuesto externo, realizado por un tercero o por la sociedad, de disolución social o de pago de la deuda. También casa mal con su consideración como sanción hablar de una solidaridad en la aplicación de la misma.

Puede ser más discutida la naturaleza sancionadora de esta medida porque ello va a depender de qué entendamos por sanción, pero opinamos que la naturaleza indemnizatoria de los preceptos estudiados es clara. No obstante, somos conscientes de que la mención literal confusa de estos preceptos puede hacer tambalear nuestra tesis, pero creemos que la realidad práctica, la coherencia y la lógica jurídica deben solucionar un problema legal, para hacer que la responsabilidad legal de los administradores sociales funcione en los supuestos de imposibilidad de cobro del acreedor social, y siempre que este incumplimiento del administrador sea culpable llamemos a esta medida sanción o responsabilidad por daños.

Conclusiones

El objetivo de nuestro trabajo fue realizar el estudio de la responsabilidad legal de los administradores de las sociedades de capital recogida en los artículos 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL. Estos preceptos imponen la responsabilidad a los administradores sociales por las deudas de la sociedad, cuando incumplen la obligación de convocar la Junta general o solicitar la disolución judicial de la misma. Está el administrador social obligado a esto cuando la sociedad incurre en determinadas causas establecidas en la Ley (art. 260.1 en relación con el art. 262 TRLSA). También es importante resaltar que la obligación al administrador de solicitar la disolución judicial de la sociedad se establece de manera subsidiaria, para cuando la Junta general no acuerda esta disolución.

Hicimos un examen del cargo de administrador, como figura a la que, propiamente, se le impone esta obligación legal de convocar la Junta o disolver la sociedad. Igualmente, estudiamos esta obligación en particular de convocatoria y de disolución social, así como otras obligaciones que le eran impuestas al administrador por la normativa de sociedades. Con posterioridad, nos centramos ya, concretamente, en la consecuencia a la infracción, esto es, la responsabilidad legal a los administradores por deudas sociales.

Siguiendo con el estudio de estos preceptos, vimos que, en la mayoría de las ocasiones, existe un daño al acreedor social cuando se acciona judicialmente por esta vía. Este daño consiste en la imposibilidad de cobrar el crédito social, y es un daño que deriva de la conducta negligente del administrador. En la práctica, la causa de disolución que aparece en la ma-

yoría de ocasiones es la consistente en pérdidas patrimoniales de la sociedad. Esta es, a rasgos muy generales, a la conclusión que llegamos tras un análisis jurisprudencial.

Afirmaba la doctrina que la medida o consecuencia impuesta a la infracción era extremada, esto es, no es proporcionada a la gravedad de la conducta, cuestión con la que estábamos absolutamente de acuerdo. La imposición de la misma se interpreta, hace que responda el administrador de todas las deudas de la sociedad con su patrimonio, tanto anteriores como posteriores a la existencia de la causa de disolución, y mencionaban los autores la necesidad de una reforma legislativa en este sentido, para corregir el rigor de la Ley.

Realizamos un estudio de la nueva Ley Concursal y de la situación en la que quedaban estos preceptos con la mencionada reforma y observamos que, lejos de ser derogados por una “severidad inaudita”, como afirmaban los autores, se mantiene esta consecuencia a la infracción normativa y se extiende su ámbito de aplicación, ya que ahora va a ser también impuesta al administrador que no solicita la declaración de concurso de la sociedad cuando existen causas para ello. Pese a esto, la responsabilidad concursal recogida en la nueva Ley (art. 172.3 LC) y una medida cautelar de embargo de bienes (art. 48.3 LC) nos hace pensar que la responsabilidad legal de los administradores debe ser reinterpretada a la luz de esta nueva normativa. Se interpretaba que el administrador respondía por este incumplimiento legal, no de forma subsidiaria a la sociedad, por lo que hacía todavía más extremada la severidad del precepto. La nueva Ley establece una responsabilidad concursal menos severa que la responsabilidad legal y el embargo de bienes del administrador por las deudas sociales como medida cautelar, pero de forma subsidiaria, para cuando la sociedad no tenga patrimonio suficiente.

En el estudio del Derecho comparado observamos que no existe precepto como éste en ningún ordenamiento jurídico, con la salvedad del Ordenamiento Jurídico italiano, que, en su artículo 2.449 del *Codice Civile*, recoge una medida similar a ésta, pero que es entendida como un supuesto de responsabilidad por daños o indemnizatoria.

Creímos necesario, y sería el punto central de toda la problemática, señalar un concepto de sanción privada antes de fijar la naturaleza jurídica de esta medida. Llegamos a la conclusión general de que las sanciones privadas, entendiendo éstas en un sentido restringido, reúnen una serie de características:

- Se imponen por comportamientos antijurídicos y culpables.
- Necesitan una tipificación expresa en la Ley.
- Responden a criterios subjetivos de valoración de conductas en la

persona de su autor, debiendo ser aplicadas, exclusivamente, ante comportamientos gravemente culpables o negligentes.

— Obedecen a motivos de política legislativa y aparecen vinculadas a intereses generales o a preceptos constitucionales.

— Poseen una función preventivo-punitiva y debe existir una perfecta conjunción entre las funciones que la norma sancionadora tiene y la concreta consecuencia que se impone a la infracción. La sanción debe servir como modo eficaz de castigo al autor de la misma y debe prevenir la comisión de comportamientos ilícitos.

— La imposición de sanciones civiles debe respetar el principio de presunción de inocencia. Se viola el principio de presunción de inocencia si es el administrador social el que debe probar que no incumplió la norma, que a él no le es imputable el incumplimiento o que no actuó de manera culpable. Si se establece una presunción de culpa del administrador que vulnera la norma, se viola el principio de presunción de inocencia. Si se afirma que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, se viola el principio de culpabilidad.

— También se debe aplicar, en el ámbito de las sanciones civiles, el principio de interpretación restrictiva y el principio de proporcionalidad entre la sanción impuesta y la gravedad o culpabilidad de la conducta del autor.

Estas dos últimas características de la sanción privada no se entienden aplicables a esta medida de responsabilidad legal de los administradores sociales. Se habla de responsabilidad objetiva, es desproporcionada a la gravedad de la conducta, se presume la culpa del autor, en otros casos, y todo ello, igualmente, nos hace ver que no se está haciendo una interpretación restrictiva. Nosotros consideramos que éstas deben ser características que debe poseer la sanción privada de manera absolutamente necesaria.

En todo el estudio realizado, por cada uno de los pasos que fuimos dando, observábamos que existía algo que no estaba muy claro, pese a que las interpretaciones doctrinales no eran discutidas en este sentido. Empezamos a plantearnos el porqué de la imposición de una sanción tan extremada, el por qué esta sanción no poseía las características mencionadas de interpretación restrictiva, proporcionalidad, culpabilidad o presunción de inocencia, características que debe reunir la sanción privada y que son aplicación de principios normativos básicos en las sanciones de Derecho público. Además, existía en la práctica judicial siempre un daño cuando se accionaba por esta vía y una relación de causalidad entre el daño y la conducta infractora. Ello nos hizo dudar de la afirmación tan rotunda de que esta medida no podía ser considerada una medida repa-

radadora o resarcitoria del daño, tal como afirmaba la doctrina. Nos vimos absolutamente obligados a cuestionarnos las afirmaciones realizadas por la doctrina mayoritaria y llegamos a la conclusión de que no estamos ante un supuesto de sanción privada, tal y como nosotros la entendemos.

Si partimos de la consideración de esta medida como medida indemnizatoria o reparadora, el administrador deberá responder de esta deuda porque con su conducta de incumplir la norma del artículo 262.5 TRLSA actúa negligentemente en el desempeño del cargo, ocasionando un daño al acreedor consistente en la imposibilidad de satisfacción del crédito social.

El daño ocasionado coincide con la deuda social debida. La responsabilidad se establece con el carácter de solidaria, del administrador y la sociedad, porque esta última sigue siendo la parte deudora de la misma, aunque el daño lo haya producido el administrador. La sociedad va a responder de la deuda como parte obligada a la misma o parte deudora, y el administrador como causante de un daño a este acreedor social.

La vulneración normativa debe ser imputable y culpable en su autor (en este caso en el administrador de sociedades de capital), y la culpabilidad de la conducta se hace derivar, en estos supuestos específicos, del simple dato del incumplimiento legal a modo de presunción *iuris tantum*. Se presume un comportamiento culpable o negligente del administrador que no convoca Junta general o solicita la disolución judicial de la sociedad ante causas de graves pérdidas, por ejemplo. El incumplimiento revela, cuando menos, un supuesto de culpa leve. Una actitud diligente del mismo habría conllevado la puesta en práctica de medidas oportunas, como la convocatoria de Junta general para realizar una exposición del problema ante los accionistas e intentar una solución adecuada.

El legislador parte de esta consideración y presume la culpa por este hecho. No podemos hablar entonces de responsabilidad objetiva, ya que el requisito de la culpa debe darse necesariamente. Si el administrador demuestra que dicha actuación no es culpable no responderá de las deudas sociales contraídas.

Estimamos, de la misma manera, que la norma también está presumiendo en cierta forma una relación de causalidad. El administrador, con esta conducta negligente, pone a la sociedad en una situación de gravedad económica, al seguir operando en el tráfico sin eliminar las causas de disolución existentes. Sigue contratando créditos con acreedores que desconocen la situación de la sociedad.

Una especie de función de castigo o punitiva se ha apreciado en esta medida, pero ésta es originada por una interpretación errónea de la normativa. Si partimos de una opinión preconcebida de sanción que castiga el incumplimiento y que se impone por este hecho, parece que, ciertamente, se está castigando al administrador. Sólo desde esta opinión preconce-

bida confundimos esta función con la verdadera función resarcitoria que posee la norma.

Ya mencionamos que con la anterior Ley de 1951 existían auténticos problemas para demostrar la culpa de los administradores y para demostrar la relación de causalidad de su conducta con el daño producido. Nace este precepto comentado con la intención de eliminar estos problemas de prueba, y se ha confundido esta tipificación expresa de la responsabilidad por daños con la tipificación de una sanción específica, que se interpreta extensivamente y que causa multitud de problemas de adecuación y funcionamiento.

No es que se trate de una responsabilidad subsidiaria, sino que el daño se produce cuando la sociedad carece de patrimonio para satisfacer la deuda. Si esta medida comentada es un supuesto de responsabilidad por daños, que se origina por el nacimiento de un daño, sólo cuando este daño existe se podrá aplicar la medida. Si el daño consiste en la imposibilidad de cobro, sólo cuando la sociedad carece de patrimonio suficiente procede esta responsabilidad (125). Tiene mucho más sentido partir de esta interpretación porque no existe interés digno de protección del acreedor social que reclama el pago al administrador cuando puede ser satisfecha la deuda por la sociedad.

Las deudas de las que deberá responder el administrador serán aquellas que resulten afectadas por la imposibilidad de pago por la sociedad, no de todas las deudas sociales. Éstas serán las posteriores a que surja la obligación legal impuesta de convocar la Junta, disolver la sociedad, porque son éstas sobre las que se puede entender el daño derivado de la actuación antijurídica y culpable del administrador. En este sentido lo hemos visto en el análisis jurisprudencial realizado, cuando en una sentencia se absolvía a los dos administradores que habían cesado en el cargo, no antes de que la sociedad se encontrara incurso en una causa de disolución, sino que, afirma la sentencia, que habían cesado en el cargo antes de que se produjera la realización de la operación mercantil, en virtud de la cual se reclamaba la deuda (126).

Cuando el artículo 105.5 LSRL hace referencia a “todas las deudas

(125) Así el artículo 48.3 de la nueva Ley Concursal establece el embargo preventivo de los bienes del administrador cuando la sociedad no tenga patrimonio suficiente: “Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a petición razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas”.

(126) Vid. apartado F)2, de análisis jurisprudencial, STS 238/2004, de 26 de marzo.

sociales”, debe ser entendido en el sentido de que el administrador va a responder de “todas” las deudas sociales cuyo impago se derive de su actuación negligente.

Los preceptos comentados tienen la misma naturaleza jurídica que el artículo 2.449 del *Codice* italiano estudiado. La responsabilidad se establece por las nuevas operaciones mercantiles realizadas por los administradores, estando la sociedad incurso en una causa de disolución, porque sobre estas nuevas operaciones serán sobre las que se va a derivar el daño, consecuencia de la actuación antijurídica del administrador. Los preceptos españoles protegen el tráfico mercantil, evitando situaciones de disolución de hecho de sociedades y la realización de operaciones mercantiles sin que sea conocida la situación por la que atraviesa la sociedad. El precepto italiano, igualmente, tiene como finalidad proteger el tráfico mercantil y para ello prohíbe cualquier actividad mercantil realizada antes de que la sociedad sea efectivamente disuelta. Se contraviene la norma española cuando no se convoca la Junta o se disuelve la sociedad, y se contraviene la norma italiana cuando se realizan operaciones mercantiles existiendo una causa de disolución. Serán diferentes las conductas antijurídicas de las que se puede derivar el daño pero coinciden los demás elementos, teniendo la consecuencia impuesta por una y otra medida la misma naturaleza jurídica.

Serán aplicables las causas de exoneración de responsabilidad del artículo 133.2 TRLSA sin que ello resulte discutido, así como el plazo de prescripción del artículo 949 CCom. Si la sociedad paga la deuda o un tercero solicita la disolución judicial de la sociedad, no nace el supuesto de responsabilidad porque no se produce el daño al acreedor social.

ADDENDA

Después de la redacción definitiva de este artículo y antes de su publicación ha sido promulgada la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España (BOE núm. 273, 15 de noviembre de 2005).

Ya hacíamos referencia en nuestro trabajo al Proyecto de Ley sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España existente a la fecha y a una enmienda a este Proyecto de Ley, concretamente la enmienda número 34, realizada por el Grupo Parlamentario Socialista, que propone la adición de una nueva disposición final, como disposición final primera para la reforma de determinados aspectos del régimen jurídico de las sociedades anónimas (1). Entre estas reformas se encuentra la modificación del artículo 262.5 LSA.

La Ley 19/2005, de 14 de noviembre, ha recogido finalmente esta modificación. La disposición final primera de esta Ley reforma diferentes preceptos de la LSA, entre ellos los artículos 38, 95, 97, 126, 165, 170, 250 y 262. Recogemos en la presente *addenda* la modificación del artículo 262.5 LSA, que es la que nos afecta en relación a nuestro trabajo. Esta modificación ha dejado la redacción del precepto prácticamente igual a la enmienda presentada al Proyecto de Ley. De esta manera, el artículo 262.5 LSA queda redactado como sigue: “**Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución** (2) los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta general para que se adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior”.

En el mismo sentido se recoge en la Ley una disposición final segunda que modifica el artículo 105 de la LSRL, concretamente el apartado quinto de este precepto, que queda redactado como sigue: “**Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución** (3) los administradores que incumplan la obli-

(1) Vid. nota al pie número 114.

(2) La negrita es nuestra.

(3) La negrita es nuestra.

gación de convocar en el plazo de dos meses la Junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior”.

Con esta reforma de los preceptos estudiados se deja claro que esta responsabilidad legal alcanza sólo a las obligaciones sociales contraídas con posterioridad a que surja la causa legal de disolución. Se reafirma con ello la idea defendida en nuestro trabajo de que no se puede aplicar una responsabilidad legal por todas las deudas sociales, anteriores o posteriores a que surja la causa de disolución, por ser de excesivo alcance y carecer de fundamentación jurídica conforme a los intereses protegidos por el precepto. Se introduce, además, una presunción legal de que todas las obligaciones sociales reclamadas serán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución, dejando en manos de los administradores la prueba en contrario de este hecho.

Sin embargo, esta Ley, pese a limitar el alcance de la responsabilidad social de los administradores, no aclara expresamente la naturaleza jurídica de esta medida. Nosotros pensamos que esta limitación de la responsabilidad de los administradores reafirma nuestra argumentación jurídica en el sentido de considerar que se trata de un supuesto de responsabilidad por daños, puesto que en estas obligaciones o deudas posteriores contraídas está el fundamento de la existencia de posibles daños causados a los acreedores sociales.

Bibliografía

- ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, volumen 2.º, octava edición, Barcelona, 1989.
- ALCALÁ DÍAZ, M.ª A.: “Comentario a la STS de 21 de mayo de 1992”, en CCJC, número 30, septiembre-diciembre 1992, pp. 801-817.
- ALCOVER GARAU, G.: “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima por las deudas sociales ex artículo 262.5 y los procedimientos concursales”, en RDS, número 8, 1997, pp. 265-271.
- ALONSO UREBA, A.: “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, en *Revista de Derecho Mercantil*, 1990, pp. 639-699.
- ÁVILA DE LA TORRE, A.: “La responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución de la sociedad anónima: notas sobre el debate jurisprudencial”, en RGD, número 636, septiembre 1997, pp. 10379-10403.
- BADENAS CARPIO, J. M.: “Comentario a la STS de 4 de diciembre de 1995”, en CCJC, número 41, abril-agosto, 1996, pp. 617-626.
- BELTRÁN, E.: *La disolución de la sociedad anónima*, Madrid, 1997.
- “Pérdidas y responsabilidad de los administradores” (Comentario a las sentencias de la AP de Zaragoza de 23 de noviembre de 1991 y de la AP de Oviedo de 1 de diciembre de 1992), en *Revista de Derecho Mercantil*, 1992, pp. 471-486.
- “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incurso en causas de disolución”, en *Aranzadi Civil*, número 15, diciembre de 1997, pp. 49-69.
- BUSTO LAGO, J. M.: *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, 1998.
- CALBACHO LOSADA, F.: *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, Valencia, 1999.
- CASELLA, M.; RUOZI, R.: *L'amministratore di società*, Milano, 1997.
- CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General I, quinta edición, Madrid, 2002.
- CIAN, G., e TRABUCCHI, A.: *Commentario breve al Codice Civile*, 3.ª edizione, Cedam, Padova, 1995, “Comentario al artículo 2.449 CC”, pp. 2634 y 2635.
- DÍAZ ECHEGARAY, J. L.: *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid, 1995.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, Madrid, 2000.
- DE EIZAGUIRRE, J. M.ª: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, dirigidos por Fernando Sánchez Calero, tomo VIII, “Disolución y liquidación. Obligaciones, comentario del artículo 262”, Madrid, 1993, pp. 65-90.
- ESTEBAN VELASCO, G.: “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, en RDS, número 5, 1995, pp. 47-78.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.: *Derecho Concursal Práctico*, coordinado por Fernández-Ballesteros M. A., “Comentario al artículo 5”, Madrid, 2004.

- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.: "Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso", en *La nueva Ley Concursal* (obra colectiva dirigida por Garnica Marín), Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004, pp. 21-125.
- FERRI, G.: *Le società, Trattato di Diritto Civile Italiano*, volumen décimo, tomo tercero, Torino, 1971.
- FRADEJAS RUEDA, O. M.^a: "La disolución de la sociedad anónima como consecuencia de la paralización de los órganos sociales", en RDS, número 3, 1994, pp. 99-132.
- GALÁN CORONA, E., y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (coordinadores): *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, 1999.
- GALGANO, F.: *Diritto Civile e Commerciale*, volumen tercero, L'impresa e le società, tomo segundo, "Le società di capitale e le cooperative", Cedam Padova, 1991.
- GARRETA SUCH, J. M.^a: *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, Madrid, 1991.
- GAY DE MONTELLÁ, R.: *Tratado de Sociedades Anónimas*, "Estudio y Comentarios a la Ley de 17 de julio de 1951, Jurisprudencia del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección General de Registros", tercera edición, Barcelona, 1962.
- GIMENO BAYÓN COBOS, R.: *Derecho de Sociedades II*, Madrid, 1998.
- HURTADO COBLES, J.: *La responsabilidad de los administradores societarios en el ámbito civil y social*, Barcelona, 1998.
- LO GIGNO, O.: *Del lavoro delle società per azioni* (art. 2.325-2.461), *Commentario del Codice Civile*, libro V, capítulo 5.º, tomo tercero, segunda edición, Torino, 1984.
- LÓPEZ SANTANA, N.: "Comentario a la STS de 30 de marzo de 2000", en CCJC, número 54, pp. 10917-10941.
- MACHADO PLAZAS, J.: *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*, Civitas, 1997, Madrid.
- MARÍN DE LA BÁRCENA GARCÍAMARTÍN, F.: "Responsabilidad civil de los administradores de sociedad anónima por incumplimiento de sus deberes en caso de pérdidas. Comentario a la SAP Madrid (sección 11) de 28 de enero de 2000", en RDS, número 19, 2002-2, pp. 179-198.
- "Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las Sociedades de Capital", en RDS, número 24, 2005, pp. 91-120.
- MORA MATEO, J. E.: "Responsabilidad civil del administrador de la sociedad anónima", en RGD, número 591, pp. 11849-11864.
- MUÑOZ GARCÍA, A., y SACRISTÁN BERGIA, F.: "La responsabilidad de los administradores y la competencia del orden jurisdiccional de lo social en la jurisprudencia del TS", en RDS, año 1999, número 12, pp. 315-335.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: *Del concepto de daño, hacia una teoría general del derecho de daños*, tesis doctoral inédita, Madrid, 1981.
- "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (Tb la de las Administraciones Públicas)", en *La Responsabilidad Civil en el Derecho*, edición a cargo de Fernando Pantaleón, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 4 (2000), Madrid, 2001, pp. 167-191.

- PANTALEÓN PRIETO, F.: *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, tomo XIV, "Régimen de las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada", Madrid, 1999, comentario al artículo 42 de la LSRL.
- Voz "Culpa civil", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo II, Madrid, 1995, pp. 1863-1866.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: "Sobre la infracapitalización de sociedades", en ADC, fascículo III, julio-septiembre de 1983, pp. 1587-1639.
- PEÑA LÓPEZ, F.: *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Colección Estudios de Derecho Privado, Granada, 2002.
- PEÑAS MOYANO, M. J.: "De nuevo sobre la responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad. STS de 22 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9749)", en RDS, número 15, 2000-2, pp. 247-257.
- PÉREZ CARRILLO, E.: *La administración de la sociedad anónima, obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, Madrid, 1999.
- PRENDES CARRIL, F.: *La sociedad de responsabilidad limitada*, Navarra, 2002.
- PUIG PEÑA, F.: Voz "Culpa civil", en *Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo VI, Barcelona, 1975, pp. 102-117.
- QUATRARO, B.; PICONE, L.: *La responsabilità di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società, aspetti civile, penali e tributari*, tomo I, Milano, 1998.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J.: "Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad [art. 262.5 TRLSA (RCL 1989, 2737)] (sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 24 de julio de 1995), en RDS, año III, 1995, número 5, pp. 265-282.
- "La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración", en RDS, número 19, 2002-2, pp. 73-87.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS Y MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIA MARTÍN: "Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de Sociedad Anónima por no promoción de la disolución en caso de pérdidas (art. 262.5 LSA) STS 1.ª de 16 de diciembre de 2004", en RDS, número 24, 2005, pp. 295-314.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., y HUERTA VIESCA, M.ª I.: *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Pamplona, 1998.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: "Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas", en *Derecho de Sociedades en Libro-Homenaje a F. Sánchez Calero*, volumen II, Madrid, 2002, pp. 1437-1984.
- SACRISTÁN BERGIA, F.: "La naturaleza de la responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución" (SAP de Zaragoza de 8 de julio de 1995), en RDS, año IV, 1996, número 6, pp. 268-275.
- SALVADOR CODERCH Y CASTIÑEIRA PALOU: *Prevenir y castigar*, Madrid, 1997.
- SANTOS BRIZ, J.: "La culpa en el Derecho civil", en *Rev. D. Pr.*, 1967, pp. 614-640.
- SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L.: "Responsabilidad a los administradores de sociedad anónima", en ADC, 1962, pp. 921-997.
- VICENT CHULIÀ, F.: *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, tomo I, volumen 1.º, tercera edición, Barcelona, 1991.

- VICENT CHULIÁ, F.: "Variaciones mercantiles sobre responsabilidad civil de los administradores y auditores, en vísperas de la unificación concursal", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Madrid, 2003, pp. 6137-6174.
- *Introducción al Derecho Mercantil*, séptima edición, Valencia, 1994.
- "Responsabilidad de los administradores de sociedades no operativas", en *Derecho de los Negocios*, número 28, enero 1993, pp. 1-10.
- VILA FLORENSA, P.: *Nueva Ley Concursal*, coordinados por Sala, A.; Mercadal, F.; Alonso-Cuevillas, J., Barcelona, 2003 (Comentario al artículo 5).
- WEIGMANN, R.: *Responsabilita e potere legítimo degli amministratori*, Torino, 1974.

COMPETENCIA LEAL Y DESLEAL (*)

FRANCISCO CUENCA ANAYA

Notario

Comienzo mi intervención con las palabras de un notario:

“En el Notariado existe un estado anárquico. La anarquía notarial proviene de que no se cumple ningún precepto de la ley orgánica del Notariado y de su reglamento, ni en su letra ni en su espíritu, y no se cumple ninguno de estos preceptos, porque lo impide la competencia ilegal que hay entre los Notarios. De manera que dicha competencia es la causa de la anarquía notarial, y mientras aquélla impere, subsistirá ésta.” Tomo estas líneas de la *Gaceta del Notariado*, fueron escritas en las postrimerías del siglo XIX. Cifra nuestro lejano compañero su esperanza “en la desaparición de la competencia, como único medio de devolver al Notariado el prestigio que por aquélla ha perdido completamente en la sociedad y en la familia”.

Así pues, lo de la competencia desleal viene de lejos. No sé cuál era la situación en aquellos tiempos, pero sí cómo ha evolucionado durante los años en que he sido notario; mi impresión es que ha ido de mal en peor y que, en el día de hoy, es insostenible. En los últimos años se ha intensificado el problema y, además, se ha producido un trascendental cambio cualitativo; los competidores desleales han existido siempre, pero nadie dudaba que su conducta fuese reprobable, mientras que hoy muchos

(*) Ponencia presentada en las Jornadas de Las Palmas, noviembre de 2005.

pretenden justificar sus prácticas ilícitas invocando las leyes del comercio, usos mercantiles, libertad de empresa, agilidad del tráfico, etc. Lo de la agilidad sirve para que algunos, en prodigiosa pirueta, pasen por encima del Reglamento Notarial, de la Ley Hipotecaria, del Código Civil, del Penal y de la vergüenza. Estos atletas me recuerdan al protagonista de uno de los cuentos de Voltaire, Micromegas, al gigante procedente de Siro que avanzaba treinta mil pies de una sola zancada.

Que nadie pretenda, para justificar lo injustificable, apoyarse en las normas sobre libre competencia y publicidad, ni comunitarias ni estatales, porque la notaría no es una empresa, ni su domicilio establecimiento mercantil –aunque a veces lo parezca–, ni el notario un empresario; en el doble carácter del profesional del Derecho y funcionario público, éste es el que prevalece. La política del notariado español, desde hace años, lo tiene muy presente: quedan lejos los tiempos en que afirmar esto –¡si lo sabré yo!– era considerado grave herejía. No es sólo que se reconozca que el notario es funcionario público, realmente innecesario, puesto que así lo proclama el artículo 1 de la Ley del Notariado; es que la defensa de la profesión frente a la amenaza mortal de libres competencias y “desregularizaciones” está en resaltar nuestro carácter de funcionario público.

No puedo extenderme en esta materia, sólo unas palabras:

- a) La Dirección General ha dicho, mil veces, que el notario es funcionario público, y en la Resolución de 26 de enero de 2005, una vez más, recoge esta doctrina; habla del carácter funcional de los colegiados y de que, “en el caso de los Colegios Notariales el ejercicio de funciones públicas es la normalidad, siendo la función privada la excepción”.
- b) La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2001 reconoce las dos vertientes, pública y privada, del notario; dicha naturaleza compleja, por su doble vertiente, condiciona “el ejercicio de la función notarial desde la perspectiva de su relación con el principio o regla constitucional de la libre concurrencia profesional”. Y afirma que “la libre competencia funciona en el ámbito notarial de otra manera a como tiene lugar en otras actividades”.
- c) En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de mayo de 1989: “Los Colegios Notariales se regirán por la Legislación Notarial y por la de Colegios Profesionales en lo que no constituya especialidad establecida por aquélla. El Reglamento Notarial tendrá el carácter de regulador de la actividad pública notarial y de Estatuto General de la profesión”.
- d) En el informe sobre libre ejercicio de las profesiones, de 11 de junio de 1992, el Tribunal de Defensa de la Competencia excluye

de la libre competencia a notarios, registradores y corredores de comercio, porque “el tratamiento que debe darse a una reforma de estas profesiones debe ser distinto que el que se da a los profesionales estudiados en este Informe”.

- e) La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de febrero de 2002 excluye de las normas sobre competencia del Tratado a la actividad que “se vincula al ejercicio de prerrogativas del poder público”; es obvio que, en nuestro Derecho, la fe pública es una prerrogativa del poder público, del Estado. Por consiguiente, en la materia que hoy nos ocupa no son las normas comunitarias o estatales sobre competencia o publicidad las que el notario debe tener en cuenta, sino la Ley del Notariado, su Reglamento, y por el juego de los artículos 314 y 327 de éste, los acuerdos de las Juntas Directivas.

Antes de entrar en el tema, dos aclaraciones más:

1.^a Mi ponencia se titula “Competencia leal y desleal”. Sólo me ocuparé de la competencia desleal. Podría decirse que el notario compite lealmente mediante su preparación jurídica, atención personalizada, diligencia, buena organización del despacho, etc.; pero que el notario cuide permanentemente su formación, escuche a quien requiera sus servicios, informe sobre el documento y el alcance de sus cláusulas, es algo inherente a su función, no formas de competencia. Es más, el rigor del notario en el cumplimiento de sus obligaciones suele penalizarse; sabéis bien que alguna entidad de crédito no ve con buenos ojos que el notario explique a los comparecientes el significado de las farragosas cláusulas de las hipotecas; por ejemplo, que prestar fianza solidaria no es algo más del papeleo, sino que compromete el patrimonio de quien la asume en los mismos términos que el de los deudores.

2.^a Estamos en unas jornadas cuyo título es “El servicio a la sociedad como deber deontológico”. Quiero dejar claro que no consideraré la deontología como un conjunto de deberes, más o menos definidos, cuyo cumplimiento sólo genera sanción moral. La deontología me interesa en la medida en que pueda reflejarse en normas que tengan trascendencia jurídica.

Sé bien que no es fácil deslindar los campos de la Moral y el Derecho, ni ahora el momento de intentarlo. A veces, la cuestión se complica cuando en la norma jurídica se hacen referencias a la moral o las buenas costumbres como algo añadido a lo lícito; es decir, que el respeto a la moral se exige como derecho positivo. Algunos ejemplos de estas referencias las encontramos en los artículos 792, 1.089, 1.116, 1.255, 1.271, 1.275, etc., del Código Civil, y también en el Código de Comercio.

Es muy significativo el artículo 145 del Reglamento Notarial al decir que el notario debe negar la autorización “cuando el acto o el contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres”. Este artículo, a veces, se ha interpretado como apoyo a la exigencia de que el notario, en su tarea profesional, se atenga a las normas de la moral. MOLLEDA, en conferencia pronunciada en las Jornadas de El Escorial, el 18 de octubre de 1995, estima que puesto que el notario, por el juego del artículo 145 del Reglamento Notarial y 1.255 del Código Civil, ha de formular juicios morales sobre el contenido del documento, como profesional del Derecho también ha de encontrar límites de su actuación de la Moral. El argumento no me parece sólido, el artículo 145 se refiere al contenido del documento que se pretende autorizar, no a la moral del notario. En cualquier caso, la interpretación, más que difícil, del artículo 145 del Reglamento Notarial, de su alcance ético, requeriría un tiempo que no puedo dedicarle y nos apartaría de nuestro tema, al que vuelvo.

Cuando se habla o se escribe sobre deontología notarial se suele citar la resolución de 19 de febrero de 1954, dictada a propósito de una consulta:

“La fundamental norma interpretativa en materia de actuación profesional de los notarios es la que todos los derechos que las Leyes les conceden han de ser ejercitados con subordinación a la corrección más exquisita y la ética más depurada tanto respecto del público como de sus compañeros” ... “Los derechos no pueden invocarse para ser ejercitados contra su fin ético y social” ... “No basta en ningún caso... que la conducta del notario se acomode a la letra de un precepto reglamentario si de hecho va contra el espíritu del mismo y daña el prestigio de la institución a que pertenece y el «señorío de su profesión» en perjuicio, además, de sus compañeros, porque se trata de un fraude de la Ley.” En el propio Reglamento se confirma esta doctrina al señalar el artículo 345 como motivo de sanción el simple “desmerecimiento en el concepto público” del notario aunque no haya una infracción concreta y determinada de un precepto legal, y es que para honor de los notarios, su conducta no ha de expresarse solamente con Reglamentos, sino con normas y criterios más depurados y superiores”.

De acuerdo con la resolución, pero yo quiero poner el acento en que esas “normas y criterios más depurados y superiores” se lleven a preceptos con valor jurídico. En definitiva, que ciertas conductas, y concretamente las que entrañen competencia desleal puedan ser concretadas y sancionadas por la Dirección General, por el Consejo General del Notariado y por las Juntas Directivas. A demostrar que esto es posible van destinadas las líneas que siguen.

El régimen disciplinario de los notarios está contenido en el artículo 43.2 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre. No hay una referencia expresa a la competencia desleal, pero puede estimarse incluida en alguna de estas infracciones:

- a) Muy grave, artículo 43. Dos, 2Ag): “La percepción de derechos arancelarios con infracción de las disposiciones por las que aquéllos se rijan”.
- b) Grave, artículo 43. Dos, 2Bc): “Las conductas que impidan prestar con imparcialidad, dedicación y objetividad las obligaciones de asistencia, asesoramiento y control de legalidad que la vigente legislación atribuye a los Notarios, o que pongan en peligro los deberes de honradez e independencia necesarios para el ejercicio público de su función”.
- c) Grave, artículo 43. Dos, 2Be): “El incumplimiento grave y reiterado de cualesquiera deberes impuestos por la legislación notarial o por acuerdo corporativo vinculante, así como el impago de los gastos colegiales acordados reglamentariamente.”
- d) Grave, artículo 43. Dos, 2Bg), b: “La falta de obediencia debida a las Juntas Directivas y al Consejo General del Notariado”.

El Reglamento Notarial, en el ámbito del régimen sancionador –arts. 348, 349 y 350–, en lo que no se oponga a la Ley 14/2000, debe considerarse complementario de ésta. Pero, además de estos preceptos legales y reglamentarios, son fundamentales las competencias normativas de los Colegios Notariales, de sus Juntas Directivas.

Para lo que voy a exponer, que constituye la médula de la ponencia, tendré presente la doctrina de la Dirección General, en particular la que sienta en la Resolución de 26 de enero de 2005 cuando afirma que “es competencia del Consejo General del Notariado, de los Colegios Notariales y de las Juntas Directivas de éstos, el establecer unos criterios que permitan regular la actividad notarial de sus colegiados”. Conforme a esta resolución, los Colegios Profesionales son Corporaciones de Derecho Público, investidos de potestades propias de Administraciones Públicas, pero que también actúan como entes privados. Cuando se trata de los Colegios Notariales “presentan caracteres propios derivados del inescindible doble carácter de funcionario público y profesional del derecho que se predica de los notarios”.

El peculiar carácter del notario, y de sus Colegios, ha sido reconocido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Creo fundamental para nuestro tema este párrafo que transcribo de la sentencia de 22 de enero de 2001: “El carácter funcional que tienen los Notarios hace necesaria-

mente que las decisiones adoptadas por las Juntas Directivas en el orden de «medidas relativas al ejercicio de tal función notarial» impliquen el ejercicio de una competencia administrativa y que, por ello, actúen como auténticos órganos de la Administración. Así, el artículo 314 RN al determinar que son fines esenciales de estas corporaciones la ordenación del ejercicio de la profesión... correspondiéndole ordenar el ejercicio de la actividad profesional, velando por la ética y dignidad profesional, por el correcto ejercicio de la función; y más expresamente el artículo 327 del Reglamento Notarial al imponer como obligaciones de las Juntas Directivas, el ordenar la actividad profesional de los Notarios en materias relativas a la correcta atención al público, tiempo y lugar de su prestación, concurrencia leal y publicidad, continuidad de la prestación de funciones incluso en días festivos y períodos de vacaciones”.

La naturaleza especial de los Colegios Notariales también ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 11 de mayo de 1989: “Si, con arreglo a la doctrina expuesta, los Colegios Profesionales responden a una finalidad que sólo parcialmente puede calificarse de pública, los intereses públicos que predominan en los Colegios Notariales y la regulación de una profesión de naturaleza funcionarial que en ello se incardina, invierten los términos de aquel planteamiento, no sólo en el sentido de robustecer la competencia estatal, sino que ésta no viene limitada por el artículo 149.1.18 de la Constitución a las bases de organización y competencia, sino que se extiende también a la regulación de la función pública estatal que, en su mayor parte y sin duda la más importante y característica de su profesión, corresponde desempeñar a los Notarios... los Colegios Notariales son parte integrante de la organización Notarial y, por tanto, a efectos del cumplimiento de las funciones notariales, son una parte más de la denominada Administración del Notariado”.

La sentencia de 22 de junio de 1983 había dicho que “como consecuencia de la dependencia jerárquica a la que está sometido el Notario, respecto de las Juntas Directivas de sus respectivos Colegios y éstos respecto de la Dirección General de los Registros y del Notariado, los Colegios Notariales son la misma Administración”.

Así pues, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de la Dirección General, hay un reconocimiento expreso de las competencias de las Juntas Directivas.

En resumen: normas morales, códigos deontológicos sí, pero llévense sus principios a normas positivas. Y para ello, lo repito una vez más, están legitimadas las Juntas Directivas.

Voy a ocuparme de algunas formas concretas de competencia desleal.

I. Publicidad

En esta materia, lo tengo claro: no debe permitirse al notario más publicidad que la placa reglamentaria y su nombre y dirección, sin ningún relieve especial del tipo de letra en guías telefónicas o informáticas. Tampoco sería lícito la publicidad que, por vía indirecta, pudieran hacer de un determinado notario despachos de abogados, entidades financieras o empresas.

Esta parquedad en la publicidad particular debe ir acompañada de una correcta publicidad institucional. En mi opinión, en este campo se está realizando un loable esfuerzo por el Consejo General del Notariado.

Las Juntas Directivas son competentes para regular la publicidad, expresamente lo reconoce el artículo 327 del Reglamento y lo confirma la Resolución de 25 de enero de 2005, que adopta estas conclusiones:

“Primero. Es competencia del Consejo General del Notariado, de los Colegios Notariales y de las Juntas Directivas de éstos, el establecer unos criterios que permitan regular la actividad notarial de sus colegiados, y entre aquellos criterios, los relativos a la publicidad.

Segundo. Respecto de la función notarial, de carácter privativo del Estado y ejercida por delegación de éste, deben establecerse criterios estrictos, debidamente motivados, sin que en ningún caso pueda suponer la eliminación total de prácticas publicitarias.

Tercero. Deben prohibirse las prácticas publicitarias que puedan suponer menoscabo, perjuicio o desdoro para la función notarial, que como se ha dicho, es privativa del Estado, o para el resto de colegiados, así como las demás contenidas en la Ley General de la Publicidad, Ley 34/1988, de 11 de noviembre.”

Veamos dos formas de publicidad sobre las que se ha pronunciado la Dirección General:

a) Placa anunciadora.

El artículo 71 del Reglamento Notarial dice:

“El estudio del Notario tendrá la categoría y consideración de oficina pública.

Podrá anunciarse el local de la misma mediante una placa esmaltada con el emblema del Notariado, en forma similar al de la medalla, orlándolo con el nombre del Notario, sus apellidos y el lugar de la residencia.

En modo alguno los notarios podrán anunciarse directa o indirectamente a título de sucesores de un titular de la misma Notaría.

Las Juntas Directivas podrán adoptar medidas sobre la forma y dimensiones de las placas anunciadoras.”

En la Resolución de 26 de enero de 2005, el caso planteado fue un recurso contra el acuerdo de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Bilbao que pedía a un notario que retirase quince rótulos con la inscripción “Notaría”, que había instalado además de la placa habitual “ya de generosas dimensiones”. La Dirección General confirma este acuerdo.

b) Guías telefónicas.

Conviene que las Juntas Directivas regulen esta materia. A ella se refiere la Resolución de la Dirección General de 8 de enero de 1991. El caso fue la denuncia por parte de un notario de que tres de sus compañeros anunciaban su despacho mediante un recuadro insertado en las páginas amarillas. Debe tenerse en cuenta que, antes de la denuncia, se había solicitado de Cetesa la eliminación del anuncio.

El Colegio Notarial de Sevilla estima que no se ha infringido ningún precepto reglamentario concreto, pareciendo excesivo invocar el número 4 del artículo 348 del Reglamento Notarial, que se refiere a “competencia ilícita reiterada en cualquiera de sus formas”. La Dirección General, aunque habla de “inadecuación de la conducta denunciada”, confirma el acuerdo de la Junta Directiva; invocando la Resolución de 19 de abril de 1989, en el considerando 3, encuadra la utilización del teléfono y su publicidad dentro de la normativa que tiende a garantizar el derecho a la libre elección del notario.

II. Contratación de empleados

Es indudable que, en principio, esta materia se rige por la legislación laboral, siendo esencial el principio de libertad de contratación. Pero el artículo 349.5 considera falta grave “La utilización de procedimientos contrarios a la buena fe en la contratación del personal con manifiesta insolidaridad respecto de otros compañeros”. Falta determinar cuáles son los procedimientos contrarios a la buena fe o insolidarios.

Honorio HERRERO, en trabajo publicado en la *Revista Jurídica del Notariado*, desde una perspectiva ética, distingue dos supuestos:

- a) Notaría vacante. Lo correcto, dice, sería “respetar al nuevo notario el conjunto de empleados del anterior”, pero reconoce que algunos compañeros “aprovechan la situación de vacancia para «fichar» empleados de alta cualificación”.
- b) Empleado que trabaja con un notario. Literalmente, dice Honorio: “... no existe en la práctica la contratación de un empleado que trabaja con un notario, por otro”.

Escribe esto en 1999. ¡Qué tiempos! Porque a finales del año 2000 la contratación de empleados, cesantes y en activo, fue masiva. No tengo que buscar Jurisprudencia: mi oficial, a golpe de talonario, fue contratado por un recién llegado que ni antes ni después del acontecimiento habló una sola palabra conmigo. ¿No encajaría este supuesto en los procedimientos contrarios a la buena fe a que se refiere el artículo 349.5 del Reglamento?

La Dirección General, en Resolución de 9 de enero de 1990, ha considerado competencia ilícita la contratación de todos los empleados censados en una localidad “toda vez que la contratación del personal se ha efectuado con manifiesta mala fe, puesto que se ha violado la lealtad con que procede actuar con quienes desempeñan en la misma plaza una misma función, adoptando una conducta que revela la insolidaridad a que se refiere el mismo precepto citado”. En idéntico sentido la Resolución del 16 de enero del mismo año.

Estas prácticas en la contratación de empleados causan el desmantelamiento de algunas notarías y provocan consecuencias imprevisibles. No os habrá pasado desapercibido que los notarios que tenían los tres últimos números de la última oposición han entrado por Elda y Barcelona. No hace mucho, para llegar a estas plazas se requería una antigüedad de veinte o más años. ¿Qué va a pasar con la tantas veces alabada oposición entre notarios?

Además de ser una forma de competencia desleal, este tipo de contrataciones, esta sobrevaloración de los empleados, ha producido un “efecto colateral”, como ahora se dice, lamentable. Me refiero a la dependencia que, invirtiendo el orden natural de las cosas, algún notario tiene de sus empleados. Mirad, me ocupo en el Colegio de Sevilla del Servicio de Atención al Usuario, por lo que, para intentar resolver reclamaciones y quejas sin recurrir al procedimiento administrativo, hablo muchas veces con los notarios; otras, los compañeros piden mi opinión sobre aranceles u otras cuestiones de forma o fondo. En estos contactos llevo a rajatabla una norma de conducta: jamás hablo con un empleado, cualquiera que sea su cualificación, ni por teléfono ni en persona; si alguno me llama, ruego amablemente que se ponga el notario. Pues bien, alguna vez, ya al aparato éste, haciendo uso lamentable del reenvío, me ha dicho: “Voy a pasarte con mi oficial, que es el que sabe de esto”. ¡Qué vergüenza!

III. Dispensa y reducción de honorarios

Una de las formas de competencia desleal más frecuente es la dispensa o rebaja de honorarios. Pero no toda dispensa o rebaja está prohibida.

A) En cuanto a reducciones arancelarias, son lícitas:

a) Todas las establecidas legalmente, numerosas por razón de la materia.

b) Para cualquier clase de documento, un descuento de hasta el 10 por 100 (art. 35.1 RD 6/2000, de 23 de junio).

c) Si la cuantía del documento excede de 1.000.000.000 de pesetas –hoy 6.010.121 €– pueden pactarse libremente los honorarios correspondientes al exceso (RD 1426/89, el núm. 2, apart. 1, letra f, redactado así por RD 6/2000).

Téngase en cuenta que si la reducción es de los honorarios correspondientes a la matriz, no es correcto extenderla a otros conceptos.

B) Son ilícitas todas las que no tengan un apoyo legal concreto.

Existen formas encubiertas de rebaja arancelaria, como son:

1. Tomar una base inferior a la que corresponde.

Ocorre, sobre todo, en las hipotecas. Como es sabido, la base debe ser la que resulte de sumar al capital las cantidades consignadas por intereses y costas. No incluir los intereses remuneratorios en la constitución y cancelación de hipotecas fue considerado falta muy grave por la Resolución de 15 de marzo de 1993.

2. Dispensa de algún concepto.

En principio, según la norma general cuarta del Arancel, deben incluirse en la minuta todos los conceptos que contenga la escritura. La dispensa de alguno de ellos es ilícita; pero los honorarios pueden ser desmesurados en algunos casos, particularmente en herencias, pues como resulta de dicha norma general, si un instrumento comprendiese varias transmisiones hereditarias, se cobrarán los derechos correspondientes a cada una de ellas, tomando tantas bases independientes como adjudicatarios haya; y, además, cuando se liquide la sociedad conyugal, se considerará esta liquidación como concepto independiente. Por esta circunstancia, la Dirección General, aun reconociendo que son correctas las minutas que hayan tenido en cuenta todos los conceptos y bases, considera que no es competencia desleal dispensar los honorarios correspondientes a alguno de ellos, y que de *lege ferenda* debería modificarse el actual sistema (Res. de 4 de octubre de 1997, 27 de julio de 1999, 26 de septiembre de 2003, etc.).

La postura de la Dirección General está más que justificada, pues repugna que, como a veces ha sucedido en herencias de poco caudal y muchos herederos, la minuta del notario agote el valor de los bienes. No obstante, abre una vía peligrosa, que genera incertidumbre, pues en otros supuestos de pluralidad de conceptos el notario podría justificar la dis-

pensa de alguno invocando los mismos argumentos que usa la Dirección General para las herencias. En un caso frecuente, como es la compraventa de finca con subrogación de hipoteca, modificación de ésta y fianza que el banco exige para aceptar la subrogación, ¿es lícita la dispensa de algún concepto? Podría obedecer al loable propósito de moderación, pero también a pactos reprobables del notario con la entidad bancaria.

3. Dispensa en escrituras previas.

Me refiero a no cobrar las escrituras de obra nueva, división horizontal, agrupaciones y segregaciones, hipotecas, etc., a cambio de que el favorecido otorgue en la notaría las ventas posteriores, que sí se cobran. Es práctica prohibida por la disposición decimotercera de los Aranceles: “Tampoco podrá el notario dispensar totalmente los derechos correspondientes a uno o varios actos o contratos conexos o económicamente relacionados con otros otorgados por el mismo sujeto respecto de los cuales no conceda la misma dispensa”.

En mi opinión, que traslado a las Juntas Directivas, la mayor parte de las prácticas ilícitas a que me refiero se pueden detectar fácilmente, basta examinar los índices, cotejar las minutas con las escrituras y con la nota sobre aplicación del Arancel que debe constar en matrices y copias. En caso necesario, no se olvide, es posible el acceso a la contabilidad del notario, según ha reconocido expresamente la Resolución de 23 de abril del 2003.

IV. Despachos auxiliares no autorizados

Conforme al artículo 42 del Reglamento, el notario debe tener un solo despacho u oficina en el punto de su residencia, si bien las Juntas Directivas podrán autorizar algún despacho auxiliar en población distinta de aquella en que estuviese demarcada la notaría.

La autorización de documentos en despachos auxiliares abiertos sin autorización ha sido considerada por la Dirección General como forma de competencia ilícita y sancionado con especial dureza. Con el mismo rigor se sanciona la invasión del término municipal en el que hubiese demarcada otra notaría. Así, las Resoluciones de 7 de mayo de 1950, 11 de abril de 1975, 31 de agosto de 1984 y 24 de marzo de 1994 imponen la traslación forzosa.

La Resolución de 23 de enero de 1992 acuerda abrir expediente al notario sustituto que utilizó, durante el período de vacancia, el despacho del sustituido. Muy interesante es la Resolución de 12 de diciembre de 2003, que justifica la prohibición del artículo 42 del Reglamento Notarial: “Los principios que sirven de fundamento a las limitaciones del artículo 42 del

Reglamento Notarial, no son otros que eludir los perjuicios económicos a los compañeros de residencia derivados de una potencial competencia desleal y amparar debidamente el derecho de libre elección de notario de las personas que reclamen su ministerio, evitando crear a éstas dudas o confusión sobre cuál es el notario a quien efectivamente se dirigen". La de 14 de mayo de 1998 consideró competencia desleal la utilización por un notario, durante meses, del despacho de otro notario jubilado, su padre.

Citaré también la Resolución de 2 de junio de 1952, referente a un caso que recobra medio siglo después su actualidad. Se trata de la autorización reiterada de documentos en dos establecimientos mercantiles, concretamente tabernas, "La Castellana" y "La Consuelo", próximas a Luarca, "con otorgantes no inquilinos de dichos locales". La Dirección General considera que "va contra la prohibición reglamentaria de la utilización de más de un despacho u oficina en el distrito, ya que convierte en lugar de autorización estable lo que no debe serlo más que de una manera accidental para un caso aislado".

Digo que este caso recobra su actualidad porque es práctica generalizada que el notario autorice hipotecas y ventas conexas en las oficinas bancarias. La presencia habitual del notario en estas oficinas, a veces en días y horas determinadas, ¿no es semejante a la de tener abierto un despacho auxiliar?, ¿no es competencia desleal respecto al que estima que el lugar de firma, salvo casos justificados, debe ser el despacho del notario?

No creo útil profundizar en esta cuestión, tal vez una batalla perdida. Permitirme, eso sí, un elogio a la Junta Directiva del Colegio de Sevilla, y a su entonces decano, don Manuel Aguilar García, por su valiente acuerdo de no permitir otorgamientos en el domicilio de Bancos, Caja de Ahorros y otras entidades de crédito; acuerdo, como sabéis, refrendado por la Dirección General y por el Tribunal Supremo.

Parece que cuando hablamos de "invasiones extralegales y subrepticias" o de los despachos auxiliares abiertos sin autorización, nos estamos refiriendo a cosas que ocurrían en otros tiempos. Pero no debe ser así cuando en una circular reciente, brevísima -34 líneas-, el decano de Granada reseña como "supuestos más denunciados" "instalación de despachos auxiliares sin autorización" y "autorización fuera del lugar de competencia". Y es que, en el último lustro, hasta las viejas formas de competencia desleal han reverdecido. Me dicen que algunas entidades financieras envían al despacho del notario pólizas y cancelaciones ya firmadas, y que hay notarios -¿será verdad?- que mandan a sus empleados, incluso a localidades o distritos donde no está demarcada su notaría, a recoger cancelaciones y pólizas. Algo así hacían los recoveros en mi pueblo, que recorrían con sus borricos los cortijos llenando serones y aguaderas de pollos, gallinas y huevos.

V. Facilidades en la autorización del documento

Esta es quizá la forma de competencia desleal más perversa. Se da cuando, para halagar al cliente poderoso, el notario no cumple los requisitos de fondo y forma que requiere el documento. Hace años, 15 de junio de 1974, José Antonio Molleda, en conferencia pronunciada en Sevilla, comentando irregularidades tales como firma sucesiva de otorgantes, firma *a posteriori* por el notario, uso de testimonios o fotocopia de poderes, etc., decía: “En tales casos, en efecto, se suele percibir únicamente el aspecto de la eficacia o ineficacia jurídica del instrumento y de las eventuales responsabilidades jurídicas del notario, lo que se soslaya en la conciencia personal pensando en las dificultades de prueba frente a la fe pública, pero no se perciben, generalmente, las valoraciones éticas del proceder incorrecto, ni, por tanto, el daño que tal proceder puede ocasionar al Notariado en general y a los propios clientes, ni, muy en particular, se percibe el daño que se produce o puede producirse a los demás compañeros, ya que con tales actuaciones incorrectas, motivadas, casi siempre, por el deseo de facilitar las cosas a los clientes, se practica una clara competencia ilícita respecto de los notarios que actúan correctamente, al provocar, por razones de torpe facilidad, un verdadero éxodo de documentos hacia las notarías de acción incorrecta, en perjuicio de las notarías de actuación correcta”.

Recientemente, Juan Francisco DELGADO, en el número 52, octubre-diciembre, de la *Revista Jurídica del Notariado*, considera que no es correcto que el notario autorice documentos cuando faltan algunos de los requisitos exigidos, sobre todo, por la normativa mercantil o urbanística, limitándose a consignar reservas o advertencias.

En la ponencia que llevé al Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino celebrado el año 1984 en Florencia, ya defendí la integridad del documento desde el principio. Pensaba que, para muchos, lo que firman en presencia del notario es plenamente eficaz y que se defraudaría su confianza si la eficacia del acto quedase subordinada a requisitos posteriores cuyo cumplimiento, a veces, ni siquiera depende de ellos.

La Dirección General se ha ocupado de algunos de estos casos, que suponen competencia desleal y, a veces, mucho más. Así, en la Resolución de 25 de octubre de 2002, el hecho denunciado fue que el notario no estuvo presente en la autorización de un poder; la Dirección General, en el fundamento de derecho 2, dice: “El prestigio y el crédito institucional y social de la función notarial en nuestro país está esencialmente fundado en el rigor y la pulcritud de la dación de fe, que otorga los hechos y circunstancias a que se refiere una presunción de exactitud, veracidad e integridad (cfr. art. 17 bis Ley del Notariado). Uno de los hechos más gra-

ves en la actuación notarial es la falta de presencia física en la autorización del instrumento público, por cuanto con ello quiebra la esencia misma de la función notarial. Sin presencia física, el Notario incumple su obligación de asesorar a los otorgantes, indagando e interpretando su voluntad para adecuarla al ordenamiento jurídico, y convierte en una entelequia la fe de conocimiento y de capacidad de los otorgantes". Se sancionó al notario con traslado forzoso.

La Resolución de 17 de febrero de 2004 sancionaba al notario por autorizar documentos sin la unidad de acto y sin que tuviera todas las firmas de los comparecientes.

En la de 27 de octubre de 2004, el hecho sancionado fue la recogida de firmas en una póliza que se rellena posteriormente, de modo que quienes firmaron ni siquiera sabían, según quedó demostrado, en concepto de qué lo hacían.

Mención especial merece la utilización de poderes. El hecho de que el juicio del notario sobre la suficiencia de la representación no esté sujeto a calificación del registrador, debe llevar a ser particularmente escrupuloso. Compite deslealmente quien da facilidades, que suelen agradecerse subrepticamente, utilizando fotocopias o testimonios.

VI. Subsanaciones incorrectas

Por regla general, la subsanación de una escritura requiere la comparecencia de quienes la suscribieron; excepcionalmente, para cierto tipo de errores u omisiones, cabe la utilización del artículo 153 del Reglamento. La Dirección General, en su Resolución de 6 de junio de 2003, establece que "La exigencia de esa voluntad común lo es tanto para la celebración del contrato como para sus posibles modificaciones, sin que respecto a estas últimas quepa prescindir de ese consentimiento común. Los escasos supuestos en que se permite la subsanación de forma unilateral son claramente excepcionales y, por tanto, su interpretación ha de ser restrictiva y limitada a efectos formales del instrumento, nunca a su contenido de fondo, cláusulas o estipulaciones".

Pues bien, sea para evitar la mala imagen que puede ofrecer el notario cuando son muchas las escrituras devueltas, sin inscribir, por el Registro, o para no molestar a los clientes, se va generalizando un uso desmesurado del artículo 153 y, lo que es peor, subsanar escrituras por medios reprobables. La Resolución de 17 de febrero de 2004 ofrece todo un mosaico de estas correcciones, y más significativa aún es la de 4 de marzo de 2005, que calificaría de aterradora; la Dirección General, en el párrafo primero de su calificación jurídica dice: "Los hechos declarados proba-

dos, constituyen un cúmulo de irregularidades, que evidencian una conducta y forma de actuar, totalmente alejadas, desde luego, de lo que constituye y debe presidir la práctica notarial, caracterizada, en su esencia, por la dación de fe, a la que el ordenamiento jurídico atribuye las presunciones de integridad, exactitud y veracidad (y art. 17 bis de la Ley del Notariado)". Pese a su dureza, a la vista de los hechos probados, las palabras de la Dirección General me parecen corteses. Yo, que soy menos educado, diré que tales hechos, que no voy a exponer porque su narración ocupa muchos folios, demuestran ignorancia profunda del notario en materias básicas de fondo y de forma.

En lo que ahora estamos viendo, subsanaciones irregulares, todo el cúmulo de disparates que comete, los quiere arreglar por las buenas, y abundan las actas y las diligencias de subsanación y de rectificación de las subsanaciones, que, entre otras cosas, fueron extendidas en papel timbrado emitido algunos meses después de sus fechas. Bien está que la Dirección General, en este caso, eleve la sanción propuesta por el juez instructor; pero tal vez cabría preguntar si no se queda corta, que para cuando se deja lo de comunicar al juez los hechos que pudieran ser constitutivos de delito.

VII. Pago de comisiones

Hay notarios que pagan comisiones de los más variados tipos, en metálico y en especie. Para los interesados en el tema sugiero la lectura, aunque sería un poco larga, ciento once folios, de la Resolución de 17 de febrero de 2004, en la que aparece un impresionante muestrario; como perlas curiosas, pagar el sueldo de un empleado del banco amigo y la mitad de los gastos de estancia, alojamiento y comida generados durante la convención de ciento cincuenta empleados del mismo banco.

Con el pago de comisiones, lo ha puesto de relieve la Resolución que indicaba, *se produce un hecho lamentable: quien resulta favorecido es la entidad que suministra el trabajo, no el usuario, porque esas generosas comisiones imposibilitan que éste pueda beneficiarse de los descuentos permitidos*. Es más, y lo que voy a decir clama al cielo, a veces, el notario carga al contratante débil lo que pagó de comisión, disimulado en los "suplidos" o cobrando más de lo debido por algunos conceptos arancelarios.

Es hora de terminar. Antes dejo apuntado, no hay tiempo para más, un tema realmente conflictivo: limitar el número de documentos que pueda autorizar un notario como medio de lucha contra la competencia desleal. Es imposible —esta es la palabra que emplea la Dirección General—

que, sin vulnerar leyes y reglamentos, el notario pueda autorizar en un año 12.102 instrumentos públicos y 9.478 pólizas, como hizo en el 2002 el que es objeto del expediente resuelto por la Resolución de 17 de febrero de 2004. Pero concretar esta medida exigiría modificaciones normativas cuya elaboración requiere tiempo. ¿Podría hacerse en la reforma del Reglamento que se prepara? No lo sé, pero apunto un dato: formé parte de una reducida comisión que trabajó en otro proyecto de reforma, hace diez o doce años, cuando era director general Julio Burdiel, y nos pareció posible limitar el número de documentos que podía autorizar un notario. Agrego que el intento de reforma fue bruscamente abortado, precisamente por intentar esto.

A corto plazo, en esta ponencia he defendido que las Juntas Directivas están legitimadas para dictar normas sobre competencia desleal y para exigir su cumplimiento. Sé que no es fácil, que no cuentan con suficientes medios. Pero esta penuria puede corregirse; en el Congreso de Florencia, al que antes me refería, reclamaba la creación de equipamientos colectivos que sirvieran de apoyo a la Junta de Decanos, a las Juntas Directivas y a los notarios. Eran años en los que una o dos personas tenían que ocuparse de todas las cuestiones que afectaban al Notariado. Hoy las cosas son muy diferentes, pero en lo que respecta a Colegios Notariales, a los medios para que las inspecciones sean eficaces, nada se ha progresado. Propongo que, junto a otras medidas que no puedo ni enunciar, se estudie la posibilidad de contar con notarios jubilados.

Al principio, a propósito de las dotes atléticas de algunos, citaba a Voltaire. Como contrapeso lo haré, para terminar, de un célebre teólogo; me refiero al franciscano Duns Scot, a propósito de su argumento “de necesidad” en apoyo del dogma de la Inmaculada Concepción. ¿Lo recordáis?: “*Decuit, potuit, ergo fecit*”:

¿Convenía que María fuese virgen antes del parto, en el parto y después del parto? Sí.

¿Podía Dios hacer esto? Sí.

Luego lo hizo.

Pues bien, el argumento me sirve cambiando el tiempo del verbo, *fecit* por *faciant*: ¿Conviene que las Juntas Directivas tomen, enérgicamente, cartas en el asunto de la competencia desleal? Sí.

¿Pueden hacerlo? Sí.

Luego lo harán.

La tarea, ya lo he dicho, será difícil, pero hay que intentarlo. Al fin y al cabo, en el terreno en el que nos estamos moviendo, la deontología, la calidad moral de una conducta no viene determinada por lo que se consigue, sino por lo que se intenta.

Manos a la obra y que Dios reparta suerte.

LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA ADOPCIÓN EN CHINA

JUAN MANUEL FERNÁNDEZ APARICIO

Fiscal de la Audiencia Provincial de Jaén.

Doctor en Derecho.

*Profesor tutor de Derecho Procesal de la Universidad
Nacional de Educación a Distancia*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. REQUISITOS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. LA DENOMINADA “FASE NACIONAL”. 3. REQUISITOS EN EL PAÍS A ADOPTAR. LA DENOMINADA “FASE INTERNACIONAL”. 4. LA ADOPCIÓN EN CHINA.

1. Introducción

En el año 2004 un total de 5.541 niños han sido adoptados en el extranjero por familias españolas, de los cuales 2.389 procedían de la República Popular China (1), convirtiéndose España en el primer país europeo en adoptar y en el segundo mundial después de Estados Unidos. China, seguida de Rusia, es el primer país donde se producen el mayor número de adopciones por españoles.

Estas cifras evidencian sin duda la importancia creciente de la adopción en nuestro país, especialmente de la internacional al estar la adopción nacional prácticamente cerrada (2).

Como veremos, desde un punto de vista jurídico la adopción es un fenómeno complejo en donde hay que armonizar dos legislaciones; por un lado, la española y, por otro lado, la del país elegido para adoptar. En el proceso adoptivo van a intervenir diversidad de Administraciones (Comunidad autónoma, Ministerio de Asuntos Exteriores, autoridades locales del país elegido para adoptar, organismos colaboradores, como las ECAIS, etc.). Igualmente van a tener un importante papel diversos profesionales, como psicólogos, trabajadores sociales, abogados, notarios, etc.

En este trabajo vamos a intentar dar una visión panorámica pero completa de la adopción. Por su importancia e incidencia cuantitativa hemos elegido China, cuya legislación analizaremos. Como tendremos ocasión de examinar, la adopción en China se formaliza a través de un notario, en un procedimiento sumamente sencillo y ágil, lo que contrasta con otros países en donde se ha optado por un modelo judicial más lento, complejo y costoso y no por ello más garantista.

2. Requisitos en la legislación española. La denominada “Fase nacional”

El marco jurídico se establece entre la legislación estatal y la propia de cada Comunidad autónoma. Comenzando por el Estado, éste fija el marco de la adopción, definiendo sus caracteres esenciales y habilitando a las Comunidades autónomas para la tramitación del expediente. La forma y modo de regularse la tramitación de este expediente va a ser definido por cada Comunidad autónoma a través de su propia legislación. En

(1) *Boletín de Información de la Asociación Nacional en Defensa del Niño (ANDENI)*, número 9, julio 2005. La mayoría de los niños proceden de las provincias de Guangdong, Chongqing, Guangxi, Jiangxi, Hunan y Hubei.

(2) La escasez de niños abandonados y la lentitud del procedimiento de adopción son, sin duda, circunstancias que hacen desaconsejable la adopción nacional, abocando a miles de padres a buscar en la adopción internacional la satisfacción a su deseo de ser padres adoptivos.

el ámbito nacional básicamente nos encontramos que la adopción se regula en el ámbito sustantivo en el Código Civil y en los aspectos procesales en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Comenzando por nuestro viejo Código Civil, hemos de indicar que la adopción se regula en los artículos 175 a 180. Como elementos vertebradores se desprende que los adoptantes han de ser mayores de veinticinco años, si están casados basta que uno de ellos cumpla este requisito. En todo caso han de tener como mínimo catorce años más que el adoptado (art. 175.1 CC). El adoptando, como regla general, ha de ser un menor no emancipado (3).

Es el artículo 176 CC el que nos define la forma de constituirse la adopción, que será siempre a través de resolución judicial. En el procedimiento de adopción se buscará el interés del menor y la idoneidad de los padres para el ejercicio de la patria potestad. Como regla general será necesario que la entidad pública los proponga como adoptantes (4) y previamente haya constatado su idoneidad.

En nuestro país la adopción es irrevocable (art. 180 CC) y produce, salvo excepción, la extinción de los vínculos jurídicos con los progenitores del menor (5). Este es un dato crucial, ya que muchos países conciben la adopción como revocable y con unos efectos limitados similares a otras figuras, como nuestro acogimiento, lo que va a impedir su reconocimiento por España, como tendremos ocasión de ver. Es decir, nuestro legislador, por encima del *nomen iuris* que cada país dé a la adopción, en lo que va a fijarse es que los efectos jurídicos de esa institución extranjera sean lo más parecidos a lo que nosotros consideramos que es adopción.

(3) Artículo 175.2 CC. Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años.

(4) Artículo 176.3 CC. No obstante, no se requiere propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.^a Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.
- 2.^a Ser hijo del consorte del adoptante.
- 3.^a Llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo.
- 4.^a Ser mayor de edad o menor emancipado.

(5) Artículo 178.2 CC. Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna, según el caso:

1.^o Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiera fallecido.

2.^o Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir.

Son las Comunidades autónomas a través de sus respectivas entidades públicas de protección (6) las que asumen el compromiso de seleccionar a los futuros padres del adoptando. Se parte del principio recogido en la generalidad de la normativa nacional e internacional de primar ante todo el interés del menor. Por tanto, de la máxima de que se busca una familia para un niño y no un niño para una familia. Consecuentemente, la entidad pública debe declarar la idoneidad de esos adoptantes para con el menor. Este proceso se realiza a través del sometimiento de los adoptantes a un examen psicológico y social. Han de comprobarse que la capacidad educativa y afectiva de dicha persona es la apropiada, su edad, su capacidad para aceptar al niño en muchos casos de otra raza y con un historial a sus espaldas de difícil asunción, etc. En definitiva, que van a ser los mejores padres posibles para ese menor.

Por consiguiente, la responsabilidad de la selección va a recaer sobre psicólogos y trabajadores sociales. Los primeros comprobarán las aptitudes y compatibilidades para ser padres adoptivos. Los segundos comprobarán si la capacidad económica de la familia y el entorno (vivienda, profesión) son los adecuados para el menor. Sobre el particular, y en relación a una solicitud de adopción en China, la AP de Valencia, sección 10, sentencia de 5 de marzo de 2003 (33801/2003, EDE), ante una declaración de inidoneidad basada en el bajo nivel cultural e intelectual de los solicitantes, afirmó *“que la deficiente preparación intelectual y cultural, no puede convertirse en un obstáculo insalvable a priori y en abstracto para la adopción, ni puede negar a los recurrentes su capacidad natural para el ejercicio razonable de la patria potestad, máxime, cuando el propio informe reconoce a continuación que esas limitaciones educativas no les impiden resolver las exigencias de su vida diaria actual; no se debe olvidar que no se puede desligar a la persona del medio social, físico e intelectual en el que se desenvuelve, y si como parece ser el caso, los adoptantes se comportan en su pequeña comunidad, con todas sus limitaciones formativas, como honestos*

(6) Andalucía: Consejería para la Igualdad y Bienestar Social. Aragón: Instituto Aragonés de Servicios Sociales. Asturias: Consejería de Asuntos Sociales. Baleares: Direcció General de Menors i Família. Canarias: Dirección General de Protección del Menor y la Familia. Cantabria: Dirección General de Servicios Sociales. Castilla-La Mancha: Bienestar Social, Infancia y Familia. Castilla y León: Gerencia de Servicios Sociales. Cataluña: Institut Català de l'Acolliment i de l'Adopció. Ceuta: Consejería de Presidencia. Extremadura: Dirección General de Infancia y Familia. Galicia: Consellería de Familia, Xuventude, Deporte e Voluntariado. La Rioja: Servicios Sociales. Madrid: Instituto Madrileño del Menor y de la Familia. Melilla: Dirección General del Menor y la Familia. Murcia: Dirección General de Familia y Servicios Sectoriales. Navarra: Instituto Navarro de Bienestar Social. País Vasco: Álava: Departamento de Bienestar Social, Diputación Foral de Álava; Guipúzcoa: Departamento de Servicios Sociales, Diputación Foral de Guipúzcoa; Vizcaya: Departamento de Acción Social. Valencia: Dirección General de la Familia, Menor y Adopciones.

ciudadanos, nada puede afirmarse en contra de su aptitud para ser padres”.

Las Comunidades autónomas, dada su limitación de medios, ofrecerán a los futuros padres que estos informes sean, o bien elaborados por los propios psicólogos y trabajadores sociales de la Administración, o bien por profesionales de un turno creado para este fin en los respectivos colegios profesionales de psicólogos y trabajadores sociales (7). En la práctica los adoptantes optan por la contratación de los servicios de estos profesionales. La razón es bien sencilla, ya que de este modo soslayan la larga lista de espera, pero tendrán que pagar los honorarios fijados de antemano y aprobados por sus respectivos colegios profesionales, con el visto bueno de la Administración. Si se opta por los servicios de la Administración, el adoptante no tendrá que abonar cantidad alguna.

Como consecuencia de la asunción de esta competencia por las distintas Comunidades autónomas, y pese a sus esfuerzos de coordinación, en ocasiones nos encontramos que determinadas circunstancias en el adoptante ocasionan, pese a su identidad en una Comunidad autónoma y en otra, que en una se le dé el certificado de idoneidad y en la otra no (8). Esta es una realidad de difícil solución, ya que una opción sería la creación a nivel estatal de mecanismos de coordinación, pero ello colisionaría con el marco competencial de cada Comunidad autónoma.

La resolución que declare la idoneidad o inidoneidad de unos adoptantes podrá ser recurrida bien directamente ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de los adoptantes o del domicilio de la entidad protectora por los trámites previstos en los artículos 779 y ss. de la LEC. Podrán potestativamente formular reclamación previa ante el consejero de la Comunidad autónoma en cuya Consejería se encuentre encuadrada la entidad pública de protección.

El procedimiento es pues muy sencillo; se inicia por un simple escrito en el que sucintamente se expresa la pretensión y la resolución que se combate (art. 780.2 LEC). El tribunal civil, al igual que haría un juzgado de lo contencioso, reclama testimonio completo del expediente administrativo, que deberá ser aportado en un plazo máximo de veinte días (art. 780.3 LEC). Una vez que se notifica al actor que el expediente está en el Juzgado a su disposición tiene veinte días para formular demanda; si no lo hiciere, mediante auto quedaría concluso el procedimiento y firme e inatacable la resolución de la Administración. La demanda se tramitará con-

(7) Conocido por TIPAI (Turno de Intervención para las Adopciones Internacionales).

(8) El caso más habitual es el de edad. Cuando los adoptantes son mayores les resulta por este dato más difícil obtener la idoneidad. En ocasiones se produce el caso paradójico de que la Administración deniegue la idoneidad, el juez revoque la resolución de la Administración y no se pueda culminar la adopción al haber sobrepasado la edad para adoptar en el país elegido.

forme al artículo 753 LEC, esto es, juicio verbal con intervención del Ministerio Fiscal al existir menores.

La sentencia que confirme o revoque la decisión de la Administración es apelable ante la Audiencia Provincial. Tanto en primera como en segunda instancia lo que se buscará es determinar, en base al expediente administrativo y pruebas que se practiquen, si los solicitantes son idóneos o inidóneos.

3. Requisitos en el país a adoptar. La denominada “Fase internacional”

Una vez que la Comunidad autónoma ha declarado idóneos a unos padres para adoptar en un país concreto, o sin designar país, comienza la denominada fase internacional. Los padres deberán reunir la documentación que cada Estado exige para adoptar en cada caso. Como podemos imaginar, la documentación va a variar de un país a otro. Así, si el país exige no tener hijos ni posibilidad de tenerlos por problemas de esterilidad, deberá acreditarse. Si sólo admiten la adopción para los casados igualmente deberán justificar, a través de la oportuna documentación, que se goza de este estado civil. Lo habitual es que se exija que esos futuros padres puedan acoger a un menor de forma adecuada y beneficiosa para el mismo. Consecuentemente, entre la documentación más habitual estarán los certificados médicos de los futuros adoptantes de que no padecen enfermedad infecto-contagiosa y ninguna patología que pudiera perjudicar al menor. También suelen exigirse certificados de antecedentes penales para comprobar que la persona no ha cometido delito alguno. Por último, suelen exigirse los certificados literales de nacimiento y de estado civil a fin de comprobar si la edad de los adoptantes es la permitida por las leyes del país y certificado de ingresos, con la lógica de constatar que al adoptado no le faltará de nada en su futura familia.

La elaboración del expediente, su remisión al país y la formalización de la adopción lo harán los adoptantes bien a través de la entidad pública o bien a través de lo que se conoce como ECAI (Entidad Colaboradora en Adopción Internacional). Las ECAIS son asociaciones sin ánimo de lucro, con ámbito de actuación nacional –aunque suelen limitar su actuación especialmente a una determinada Comunidad autónoma–, que nacen para mediar en los procedimientos de adopción internacional, ayudando a los padres adoptivos. Estas ECAIS requieren la autorización de la Comunidad autónoma y su acreditación por el Gobierno del país de adopción para trabajar en ese Estado como Entidad Colaboradora en Adopción Internacional. Todas tienen la finalidad fundamental de proteger al menor, respetando siempre las normas y principios del Derecho internacio-

nal en materia de adopción, conociendo la intervención ante los organismos públicos de cada país y disponiendo de los medios personales y materiales suficientes para garantizar una debida atención a todos aquellos que hayan escogido la opción de acudir a estas ECAIS en vez de tramitar únicamente a través de la Administración.

Las ECAIS, para ser acreditadas, deben reunir una serie de rigurosos requisitos y cumplir las condiciones de integridad, competencia profesional y experiencia para cooperar en un ámbito tan delicado como es el de la adopción internacional. De tal modo que los adoptantes van a conocer *a priori* sus tarifas, que deberán contar con el visto bueno de la Administración. Salvo excepciones, su labor es encomiable.

4. La adopción en China

La entidad encargada de las adopciones en China es el Centro Chino de Adopciones, sito en Pekín (9), un organismo estatal que depende directamente del Ministerio de Asuntos Civiles y que será el encargado de buscar las mejores familias para los niños que se encuentran abandonados por diversos motivos. El marco jurídico en que se desenvuelve la adopción en China lo forman las siguientes normas:

- Ley de Adopción de la República Popular de China, aprobada el 29 de diciembre de 1991 en la 23 sesión del Comité permanente de la VII Asamblea Popular Nacional y enmendada el 4 de noviembre de 1998, de acuerdo con la Resolución sobre la enmienda de la “Ley de Adopción de la República Popular de China”, en la 5.ª sesión del Comité Permanente de la IX Asamblea Popular Nacional.
- Medidas para la adopción de niños por extranjeros en la República Popular China promulgadas por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Asuntos Cíviles, adoptado por el Consejo de Estado el 3 de noviembre de 1993.
- Decreto del presidente de la República Popular de China número 10, sobre resolución sobre la enmienda de la Ley de Adopción de la República Popular de China del Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional, que ha sido aprobado el 4 de noviembre de 1998 en la 5.ª sesión del Comité Permanente de la IX Asamblea Popular Nacional de la República Popular de China, y entró en vigor el 1 de

(9) CHINA CENTRE FOR ADOPTIONS AFFAIR. Número 7 Baiguang Road, Zhongmin Building, XUANWU DISTRICT, BEIJING, P.C. 100053 (República Popular de China). Teléfono (8610) 6357 5768. Fax (8610) 6357 5769, e.m@il: <http://www.china-ccaa.org/>

abril de 1999. Las reformas introducidas por este Decreto afectan especialmente a la adopción realizada por extranjeros, facilitando y flexibilizando los requisitos para la misma (10).

Se da prioridad a solicitantes que no tengan hijos o que sólo tengan uno o dos hijos. Si los adoptantes tienen cinco o más hijos menores no podrán adoptar en China. No hay inconveniente en que mientras se tramite el expediente de adopción nazca un hijo biológico (11). Lo que la ley no permite es que se adopte a más de un niño, a no ser que sean gemelos o mellizos. Una vez adoptado un niño ha de pasar un año para poder adoptar otro.

Igualmente tienen prioridad los que están casados sobre los que no lo están. La Ley china considera que el espacio ideal para la crianza y la educación de un menor es la familia nacida del matrimonio. En el caso de los matrimonios, la edad mínima para adoptar es treinta años y la máxima cincuenta y cinco años. Las personas solas también pueden adoptar, debiendo ser mayores de treinta años y menores de cincuenta años. En el caso de personas solas han de tener educación universitaria, profesional y contar con un trabajo estable. Esta última condición de hecho se exige a todos los adoptantes. España difícilmente dará un certificado de idoneidad a quien no tenga unos ingresos estables medio-altos. Por otro lado, hay que recordar que la adopción internacional es un proceso especialmen-

(10) Las enmiendas se refieren principalmente a dos aspectos. En primer lugar, relajan los requisitos para la adopción. Según la vieja Ley de Adopción, los padres adoptivos no pueden tener hijos y solamente están autorizados a adoptar a un niño huérfano o minusválido. Con el fin de permitir que más niños gocen del calor de un ambiente familiar y para reducir la carga que soportan las instituciones de bienestar público, la reforma elimina las restricciones de que los adoptantes no pueden tener sus propios hijos y de que solamente pueden adoptar un niño huérfano, minusválido o abandonado a cargo de las instituciones de bienestar público.

La restricción relativa a la edad de los adoptantes también ha sido modificada. La edad de treinta y cinco años anteriormente exigida era demasiado elevada. Teniendo en cuenta la edad fijada por la Ley de Matrimonio de China, una pareja solamente podía adoptar a un niño luego de diez años de matrimonio. Esta estipulación, al tiempo que iba en contra de la mentalidad normal sobre la crianza de los niños, también fue la causa de un gran número de adopciones ilegales. Según una investigación sobre las adopciones realizada en Beijing y en Shanghai, los padres adoptivos con menos de treinta y cinco años representan el 62 y el 56 por 100 del total, respectivamente. La reforma ha fijado una edad mínima de treinta años.

El segundo aspecto es la unificación de los procedimientos de adopción. La anterior Ley de Adopción estipulaba tres procedimientos. Ahora se reduce a uno solo, con una variante si el adoptante es extranjero.

(11) El nacimiento de un hijo durante la tramitación del expediente no resulta inconveniente para las autoridades chinas para adoptar. Curiosamente son algunas Comunidades autónomas (Andalucía) las que, si tienen conocimiento de que la mujer se ha quedado embarazada o ya ha nacido el niño, de oficio suspenden la tramitación del expediente de adopción internacional, revocando incluso la idoneidad y exigiendo su revisión. Este modo de proceder lleva a muchos padres a ocultar esta realidad hasta la finalización del proceso adoptivo.

te caro. Además las personas individuales han de manifestar en una declaración jurada que no son homosexuales. Hay que recordar que la Ley de Familia de la República Popular China sólo reconoce como familia la surgida del matrimonio, considerado éste como la unión de un hombre y una mujer. Por tanto, el homosexual no puede adoptar en China, aunque la Ley española lo permita y haya obtenido el certificado de idoneidad. Hay que recordar que, para la medicina china, la homosexualidad queda clasificada como un trastorno mental (Clasificación de Trastornos mentales y formulario de Diagnóstico de China), como un tipo de bloqueo sexual que se inscribe dentro de la patología psiquiátrica. Por otra parte, ni la milenaria cultura china, ni tampoco el régimen de Mao, que lo consideraba como inmoralidad o perversidad propia de la cultura burguesa, ha aceptado la homosexualidad, lo que no implica que en un futuro modifiquen su parecer.

El adoptado ha de ser menor de catorce años, huérfano o abandonado o que los padres biológicos lo cedan en adopción. A fin de evitar que los niños con taras físicas, psíquicas o con cualquier otra necesidad languidezcan en los orfanatos se fomentará, reduciendo el tiempo de espera los que soliciten este tipo de niños. Igualmente tendrán prioridad si el menor, aunque sea sano, es mayor de tres años, reservándose los mayores de seis años sanos para los solicitantes de más de cuarenta y cinco años.

Igualmente tendrán prioridad para adoptar, por razones obvias, los solicitantes de origen chino nacionalizados en España. El mismo trato recibirá el matrimonio formado por un chino aunque no viva en China y un extranjero. Este mismo criterio se extenderá a los extranjeros que tengan una especial vinculación con China al haber vivido en territorio chino de forma continuada más de un año por razones de trabajo o estudio.

Una vez vistos los requisitos, detengámonos en el procedimiento y formalización de la adopción. Una vez que se ha obtenido la declaración de idoneidad es necesario aportar al Centro Chino de Adopciones, bien a través de la ECAI o a través de la entidad pública, los siguientes documentos:

A) Solicitar la adopción, mediante un documento privado legitimado notarialmente, con la intención de adoptar a un menor de origen chino. No existe un modelo preestablecido, pero sí ha de contener: Nombre, fecha, lugar de nacimiento y nacionalidad. Causa de la solicitud. Manifestación clara de la intención de adoptar a un niño chino. Compromiso de no abandonarlo ni maltratarlo y de que disfrutará de los mismos derechos que un hijo biológico. Rúbrica de los solicitantes.

B) Certificado de nacimiento, que habrá de confeccionarse en el llamado modelo internacional.

C) Certificado de matrimonio, que como hemos visto prioriza a efectos de asignar al menor. En los solteros: fe de vida y estado. En los divorciados: certificado de divorcio y en los viudos certificados de defunción del cónyuge. Tiene una validez de seis meses desde su expedición hasta la llegada al Centro Chino de Adopciones.

D) Certificado de trabajo. En el caso de empleados públicos o trabajadores por cuenta ajena, se tratará de un certificado elaborado por el departamento correspondiente de la Administración o empresa en el que se indique si es un trabajo fijo, categoría de ese trabajador y antigüedad en la empresa. En el caso de autónomos deberán acreditar esta condición a fin de constatar su solvencia económica.

E) Certificado de propiedad y bienes. Tiene una validez de seis meses desde su expedición hasta la llegada al Centro Chino de Adopciones. Admite declaraciones juradas protocolizadas notarialmente.

F) Certificado médico. Tiene una validez de seis meses desde su expedición hasta la llegada al Centro Chino de Adopciones.

G) Certificado de antecedentes penales. Tiene una validez de tres meses desde su expedición hasta la llegada al Centro Chino de Adopciones.

H) Certificado de idoneidad.

En el caso de personas solas, certificado negativo de homosexualidad.

Como quiera que la Ley de Adopciones exige la existencia de dos tutores para el caso de imposibilidad del ejercicio de la patria potestad por los adoptantes, la entidad pública o la ECAI informará al Gobierno Chino de la existencia de los tutores (12), así como el compromiso de los adoptantes de, una vez formalizada la adopción, remitir dos informes de seguimiento del menor adoptado.

Toda la documentación debe estar traducida al idioma chino (13), legalizada y autenticada (14) legalmente hasta la vía diplomática.

Al expediente se tienen que aportar los cheques internacionales por el importe de las correspondientes tasas y parafiscalidades establecidas

(12) Documentación de los tutores (no es necesaria legalización): Fotocopia del DNI. Copia de la declaración de la renta del último ejercicio. En su defecto, certificado de los haberes anuales brutos. En caso de casados, copia del libro de familia y de las inscripciones de los hijos, si los hubiere. Certificado de penales. Certificado médico.

(13) El Centro Chino de Adopciones recomienda que se remitan sin traducir y que sean los propios traductores del Centro Chino de Adopciones los que hagan la traducción.

(14) A título de ejemplo, los documentos notariales deben ser legalizados por el decano o delegado, en su caso, del Colegio de Notarios al que pertenezca el notario que nos ha elaborado el documento. La firma del decano será reconocida en el Ministerio de Justicia por un funcionario de la Dirección General de Registros y Notariado. A su vez esta firma será reconocida por otro funcionario del Ministerio de Asuntos Exteriores. Por último, un funcionario chino del Consulado de China en Madrid reconocerá la firma del funcionario de Exteriores español. De modo similar se procederá con el resto de documentos.

por el Centro Chino de Adopciones (por ejemplo, para traducir los documentos en China).

Una vez remitido el expediente formado por todos estos documentos por la ECAI o entidad pública al Centro Chino de Adopciones, en el plazo aproximado de seis a dieciséis meses se recibirá un expediente de pre-asignación en el que se incluirá un certificado médico, el lugar en el que se encuentra el menor, etc.

Los adoptantes, con una o dos fotos de su futuro hijo y con un informe médico en inglés y en chino están en disposición de aceptar o no a ese niño. Por ello, a esta documentación se le acompaña un formulario del Centro Chino de Adopciones para que los adoptantes, mediante su firma, acepten la asignación del menor. En este documento se hace constar el nombre del menor, su sexo, su fecha de nacimiento, su estado de salud y el Centro de acogida en donde vive. En el caso de no aceptar al menor el Centro Chino de Adopciones exige saber los motivos concretos por los que ese menor asignado no es aceptado y por tanto se impide su adopción. Este documento debe ser remitido por los propios adoptantes al Centro Chino, que una vez recibido enviarán la llamada invitación de viaje. Este es un documento esencial que será exigido por el notario y en el que la República China autoriza a viajar a su país para formalizar y recoger a ese menor ya asignado. A partir de este momento ya se puede recoger al menor en cualquier momento, si bien la práctica obliga a contar con la eficaz ayuda de una ECAI, que organizará el viaje y prestará su apoyo en todo el proceso adoptivo.

La duración de todo el proceso es de quince días, en que se ha de permanecer en el país (15). La adopción se formaliza ante un notario de la RP China. Por tanto, no existe un procedimiento judicial, luego no interviene ni el juez ni el fiscal chino. Es un procedimiento sumamente sencillo. El notario da fe en cuatro actas de: 1.º Identificación del adoptado, incluyendo una fotografía; 2.º Que el adoptado cumple los requisitos para ser adoptado, esto se describe dónde y cómo fue encontrado el menor abandonado y que ha resultado imposible averiguar quiénes son sus progenitores; 3.º Situación médica del adoptado, incluyendo un certificado médico de la situación del menor. Por último, y la más importante, el acta de

(15) La práctica habitual es acudir directamente a la capital de la provincia en cuyo territorio está el orfanato. El menor será trasladado al hotel donde se hospedan los futuros padres. Allí es entregado y al día siguiente acudirán al notario a formalizar la adopción. Mientras se registran los papeles en el Departamento de Asuntos Civiles de la provincia, el menor y sus ya padres permanecen aproximadamente una semana en la capital de esa provincia. Posteriormente viajarán a Pekín, en donde estarán el resto del tiempo mientras se legalizan y autentican los documentos tanto ante el Ministerio Chino de Exteriores como ante nuestro Consulado y simultáneamente le será expedido al menor su pasaporte chino y la autorización de nuestras autoridades para que pueda entrar a España.

formalización de la adopción. El notario da fe de que el legal representante del menor, que actúa como defensor del mismo y que es al mismo tiempo el legal representante del orfanato (director), asiente dar en adopción y los adoptantes aceptan la adopción. En esa misma acta se hace constar el nuevo nombre y apellidos del ya adoptado, pues para la ley china ya surte efectos la adopción, entregándose simultáneamente el libro de familia chino. Igualmente será el momento de entregar la llamada “donación” al orfanato (16) y satisfacer los emolumentos del notario (17). Todo ello se realiza en unas horas (18), en donde los padres, junto con el menor, son asistidos por un intérprete procedente de la Administración china o de agencias colaboradoras y acreditadas ante la autoridad china.

Siguendo con el proceso, estas actas serán remitidas al registro del Departamento de Asuntos Civiles del Gobierno Popular a nivel provincial (art. 21.2 de la Ley de Adopciones). Constituida la adopción, el Departamento de Seguridad Pública requerirá la documentación de identificación del menor y los certificados de registro para que se expida el pasaporte del menor. Toda la documentación china se tendrá que legalizar ante el Ministerio de Asuntos Exteriores chino.

Toda la documentación china, más el certificado de idoneidad, como otros documentos (pasaporte de los adoptantes), se presentará ante nuestro consulado, que autorizará la entrada del menor en España y su inscripción en el Registro Consular como hijo adoptivo y automáticamente adquirirá la nacionalidad española, con las matizaciones que a continuación señalamos.

Para la legislación china, los padres adoptantes adquieren el firme compromiso de cuidar esmeradamente al menor, de tal modo que si lo incumplen puede revocarse la adopción. No obstante, para la legislación española la adopción surte plenos efectos, considerándose plena desde el mismo momento en que quede inscrita en el Registro Civil central. El menor adoptado queda bajo la tutela de China mientras esté en territorio o soberanía china, de tal modo que sale del país con su propio pasaporte chino, no adquiriendo la nacionalidad española hasta que llegue a territorio español.

La posibilidad de revocabilidad en la ley china de la adopción y su formalización a través de notario planteó a las primeras adopciones problemas para su validez y reconocimiento en nuestro país. En efecto, el artículo 9.5 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 1/1996, de 15

(16) 3000 \$ (USA).

(17) Esta cantidad varía según cada provincia y suele abonarse en moneda local.

(18) Las actas mencionadas han sido elaboradas con anterioridad en chino e inglés y únicamente el notario las lee, se traducen simultáneamente por el intérprete y los adoptantes consienten la adopción firmando las actas junto al representante del orfanato.

de enero, establece que: *“No será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española. Tampoco lo será mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción”*.

Por tanto, para que la adopción internacional sea válida para España, es imprescindible contar con la declaración de idoneidad que nos la proporciona la Comunidad autónoma y que la institución que llaman adopción en ese país sea lo más parecida a nuestra adopción en cuanto formalización, requisitos, efectos jurídicos, etc.

Volviendo al caso chino, resulta que los artículos 25 y 26 de la Ley de Adopciones en China considera la adopción como esencialmente revocable, lo que colisiona frontalmente con el artículo 180.1 del CC. En efecto, entre otras causas de revocación, se admite la “devolución del menor” a la institución que lo dio en adopción. Es decir, se puede convenir la revocación del menor mientras éste esté en minoría de edad. El segundo supuesto de revocación es cuando este menor haya alcanzado la mayoría de edad, y en estos casos el artículo 26 de la *lex loci* permite, si las relaciones filiales se han deteriorado, que de nuevo se permita, a instancia de los adoptantes o del adoptado, dar por terminada la adopción.

Por otra parte, la ausencia de judicialización en todo el proceso adoptivo, lo que contrasta con nuestro sistema procesal, en donde se prevé, como hemos visto, la intervención del fiscal, genuino representante de la legalidad y protector del menor, llevó al Registro Civil Consular de Pekín y al Registro Civil Central a negarse a inscribir estas adopciones de China. Sin embargo, la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de fecha 9 de junio de 1997 permitió la inscripción de la adopción de una menor china por padres españoles que tuvieron que recurrir ante la negativa a inscribir a su hija.

Sucintamente, los motivos para negarse han sido los ya expuestos; los recurrentes alegaban básicamente que tal forma de proceder perjudicaba a la menor y que los supuestos de revocabilidad en la práctica eran poco probables de realizarse. Para fundamentar este último argumento adjuntaban a su recurso una Nota aclaratoria elaborada por la Oficina Central del Ministerio de Asuntos Civiles de la República Popular China dirigida a las Autoridades Españolas y que por su interés reproducimos: *“De acuerdo al principio de que la adopción debe ser beneficiosa para el cuidado y el crecimiento de los menores adoptados (art. 2 de las Disposiciones Generales), el artículo 25 de la Ley de Adopción de la República Popular China estipula que la relación existente entre el que adopta y el adoptado no será revocable antes de que este último sea mayor de edad. Sin embargo, en caso de que se produzcan circunstancias adversas para el cuidado y el crecimen-*

to de los adoptados, la ley establece la posibilidad de una revocación condicional de dicha relación. Este artículo sólo se aplicará en los casos que se produzcan dentro del territorio de la República Popular China (aunque los adoptantes sean ciudadanos extranjeros)”.

La resolución, en un ejercicio de realismo, parte de un común denominador a toda adopción extranjera, que es la dificultad de identidad entre la adopción nacional y la de cada uno de los países, por lo que evidentemente hay que flexibilizar a la hora de comparar los efectos de una y de otra (19). Por tanto, y consecuentemente, considera que la posibilidad de que los adoptantes españoles fijen su residencia en China es ciertamente remota, por lo que la posibilidad de revocar la adopción es en la práctica inexistente, como la propia realidad ha demostrado. Lo que en la práctica sí se ha demostrado, como han denunciado algunas ECAI (ANDENI), es que existen padres adoptivos que en el momento de recoger al menor y antes de dar el consentimiento ante el notario cambian al menor por otro, alterando de este modo la asignación aceptada de antemano (20).

En cumplimiento de la Ley de Adopciones China, una vez en España, deberán remitirse por la ECAI o por la Entidad Pública dos informes de seguimiento del menor. Estos informes los elaboran un psicólogo y un trabajador social y en él se refleja el grado de integración del menor y su estado de salud y bienestar. El primer informe deberá ser remitido a los seis meses de la adopción y el segundo a los doce meses desde la adopción. Con estos informes el Gobierno chino quiere garantizarse que se cumple el fin de toda adopción; el bienestar del menor. La no remisión de estos informes, que deberán estar traducidos al chino, no tendrán repercusión para el niño ya adoptado, pero, como ya ha ocurrido en el pasado, puede determinar una paralización de los procesos de adopción que estén en curso.

Con la remisión de estos informes va a quedar concluso el procedimiento de adopción en China.

(19) *“Es evidente por otra parte, que siendo casi impensable que entre una adopción española y una extranjera exista identidad en los efectos de una y otra, ha de bastar que éstos se correspondan, por lo que esta expresión ha de interpretarse en el sentido fundamental de que la adopción suponga, durante la menor edad del adoptado, la integración plena de éste en la familia adoptiva, sin inferencias de la familia de origen, y considerando al adoptado a todos los efectos como un hijo por naturaleza del adoptante o adoptantes.”*

(20) Aunque se trata de casos excepcionales, lamentablemente se dan en la práctica por razones muy diversas (*ad exemplum*, enfermedad sobrevenida, raquitismo, etc.). Para entenderlo debemos tener en cuenta que el menor a adoptar es entregado a los futuros adoptantes uno o dos días antes de acudir al notario y por tanto antes de aceptar la adopción de ese menor. Legalmente nada se puede hacer, ya que la declaración de idoneidad no es para un menor con nombre y apellidos. El efecto va a ser negativo para ese menor rechazado, ya que probablemente ya no lo ofrecerán para adoptar.

LO QUE EL REGISTRO PUBLICA, ¿PARA QUÉ LO PUBLICA?

DOMINGO IRURZUN GOICOA

Notario

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN.

I. EL OBJETO DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

1. Los derechos reales inscribibles. **2.** Los títulos inscribibles. **3.** Resumen crítico: necesidad de renovación.

II. LA SITUACIÓN JURÍDICA EN SÍ MISMA.

Preámbulo. **1.** Concepto de situación jurídica. **2.** Caracteres. **A)** *Es un conjunto.* **B)** *Es estática.* **C)** *Es modificable.* **D)** *La modificación y el título.* **3.** Clases. **A)** *La situación primaria y las secundarias.* **B)** *Las situaciones estables y las inestables.* **4.** Composición. **A)** *Estructura.* **B)** *Contenido.* **C)** *Circunstancias temporales y espaciales.*

III. LA SITUACIÓN JURÍDICA ANTE LA SOCIEDAD.

1. La situación jurídica no puede ser conocida. **2.** El título formal es inoperante en la contratación. **3.** Es necesaria una información pública.

IV. LA SITUACIÓN JURÍDICA EN EL REGISTRO.

1. El Registro, instrumento de información. **A)** *La información ha de adquirirse.* **B)** *La información adquirida ha de publicarse.* **C)** *La información publicada ha de ser cognoscible.* 2. Ingreso de la situación en el Registro. **A)** *El procedimiento de inmatriculación.* **B)** *Los títulos inmatriculadores.* **C)** *El asiento registral de inmatriculación.* 3. La situación registrada y su significado. **A)** *Lo que el Registro da a la situación jurídica.* **a)** *Le da la presunción de veracidad.* **b)** *Le da una especial protección.* **B)** *Lo que debe dársele al Registro: concordancia.* **a)** *La idea de concordancia. Su antónimo.* **b)** *Tensión entre concordancia y desacuerdo.* **c)** *Las causas del desacuerdo y sus peligros.* **d)** *El asiento registral que restaura la concordancia.*

V. CAMBIOS EN LA SITUACIÓN REGISTRADA.

1. Noción provisional del cambio. 2. El título, causa u origen del cambio. 3. Clases de cambio. 4. La eficacia del cambio registrable. 5. El asiento registral que refleja el cambio 6. Efectos del cambio registrado.

VI. ASPECTOS BÁSICOS DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL.

1. El contenido de lo que se publica. 2. Su destinatario. 3. Sus fines. 4. Recapitulación.

VII. LOS FINES DEL REGISTRO Y SU TRASCENDENCIA.

1. Enumeración. **A)** *La seguridad jurídica.* **B)** *La protección ante la contratación.* **a)** *Momento de la protección.* **b)** *Se protege a la contratación civil.* **c)** *La buena fe en la contratación civil.* **d)** *El contratante civil y el artículo 34 LH.* **C)** *El fomento del crédito territorial.* 2. Su trascendencia 3. ¿Para qué publica el Registro lo que publica?

“En Filosofía importan las preguntas mucho más que las respuestas.”

(JULIÁN MARÍAS)

Introducción

Los legisladores de la primera Ley Hipotecaria tuvieron el enorme mérito de haber acometido con rigor su difícil tarea de creación y, además, el de conservar arrestos para explicarla en su Exposición de Motivos con brillantez poco frecuente.

La inmensa y muy valiosa bibliografía que originó, como ocurrió con sus modificaciones posteriores, tuvo que acometer tareas importantes, entre otras, la fundamental, que consiste en concretar cuál es “el objeto del Registro de la Propiedad”.

Debe tenerse en cuenta que la frase entrecomillada siempre se ha entendido como equivalente a “La función del Registro es...” o “El Registro tiene como finalidad...”.

El resultado fue una importante teoría sobre el tema, que mereció ser acogida por la inmensa mayoría de la doctrina, que le dio su aprobación.

Lo que a algunos ha parecido extraño es que tal teoría, y en realidad cualquier otra, pudiese nacer y tener éxito aunque en su construcción se prescindiera de una conexión, por pequeña que fuera, entre el objeto del Registro que se buscaba y los fines a cuya consecución fue el mismo ordenado cuando se creó.

El olvido de tal conexión es llamativo, aparte de que sea además lamentable, si se tiene en cuenta que la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 ya había señalado con precisión los fines del Registro, de garantizar la propiedad, facilitar el crédito territorial, moderar el interés, acabar con las hipotecas ocultas y con la usura, evitar el estelionato o maliciosa ocultación de cargas en la venta de fincas, etc. Y una alusión a la seguridad jurídica, extraña y meritoria para la época por su novedad.

La doctrina posterior ha perfilado tales fines con general consenso, aunque hay quien, es el caso de ROCA SASTRE, prefiere resumirlos en un fin básico único: “proporcionar plena seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario”.

No obstante, y de modo que creemos inexplicable, ha continuado la desconexión entre objeto y fines, causa tal vez de que falte en nuestro ordenamiento inmobiliario una idea directriz clara que se constituya en base del sistema.

Sabiendo, como sabemos, cuáles eran las causas de las que nacía la necesidad de crear el Registro de la Propiedad y cuáles los fines institucionales que a tal fin le fueron atribuidos, nos hemos planteado una pregunta retórica: Lo que el Registro publica, ¿para qué lo publica?

Nuestro modesto propósito fue el de intentar el hallazgo de una respuesta, ordenando unas cuantas ideas dentro del pequeño sistema que parecía adecuado. Y es obligado reconocer que tal intención recibió un fuerte estímulo cuando alguna de aquellas ideas, la del valor y la importancia del título, parecía compartida, en cierto modo, por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 11 de septiembre de 2001.

Esta resolución, sin citar en sus “Vistos” más que los artículos 1.274 al 1.277 del Código Civil y el 3 y el 9 de la Ley Hipotecaria, decidía, a efectos de su inscripción en el Registro, que “no basta con que la Sentencia declare que determinada persona o personas son titulares de una finca o participación indivisa, pues debe constar cuál es el negocio jurídico por el que se adquiere su derecho, (...) y así lo exige la distinta protección del derecho, según que la adquisición se haya realizado a título oneroso o gratuito”.

Con la misma doctrina y similares términos le siguió, ya muy avanzado el presente trabajo, la de 28 de abril del corriente año 2005.

Y así comenzó la andadura por estos relativamente nuevos caminos, con el fundado temor de recorrerlos con torpeza, pero pretendiendo vencerlo con la ilusión de quien tan sólo pretende actuar en busca de la verdad y con la secreta esperanza de inducir a otros más capacitados a fin de que aspiren también a lograrlo y, además, lo consigan.

I. El objeto del Registro de la Propiedad (*)

Antes de entrar en el tema es de interés hacer una referencia a la confusión de ideas que existía en España, recién promulgada la nueva Ley Hi-

(*) El redactor de estas páginas se enfrentó con el Derecho Hipotecario (en el sentido de ponerse a estudiarlo) poco después de que entrara en vigor su Reglamento de 1947. Su aspiración era llegar a ser aspirante a registrador de la propiedad. Y la materia le interesó a fondo y aprendió mucho Derecho, Civil e Hipotecario, bajo el magisterio de ROCA SASTRE, auténtico revolucionario de la materia.

Lo que es tema de este apartado le causó, ya desde el principio, graves dudas e insatisfacciones, intuitivas en su mayor parte, que hubo de acallar por exigencias del programa... y de la oposición. Y tras muchos años de estar desentendido, aunque no por completo, de estas cuestiones, la lectura y relectura de la magistral obra de don Manuel PEÑA, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, le ha devuelto la afición dormida.

Renovado su escepticismo crítico en ciertos temas esenciales, cuyo enfoque doctrinal esti-

potecaria de 1944-1946. Con tal fin, resulta interesante presentar dos textos de ROCA SASTRE, en párrafos contiguos en la 2.^a edición de su obra, en el año 1946.

Dice el primero de ellos: “Si bien, en rigor, los derechos reales no son inscribibles en nuestro Registro de la Propiedad, sino los títulos en los cuales los mismos se constituyan, declaren, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan, no obstante, con cierta licencia y para mayor libertad expositiva, se puede hablar de derechos reales inscribibles”.

Y continúa: “Con todo, es preferible emplear el concepto de actos inscribibles al de derechos reales inscribibles, pues se adapta mejor al criterio y tecnicismo de nuestra Ley Hipotecaria; además, es concepto de mayor amplitud puesto que dentro de él ya entra la noción de derecho real objeto de registración” (1).

No obstante, es el más caracterizado representante de la idea de que el Registro de la Propiedad es la sede de los derechos reales sobre bienes inmuebles. Su prestigio arrastró a la mayor parte de la doctrina hipotecarista.

1. Los derechos reales inscribibles.

La tesis llega a ser *communis opinio* y cree, con valor de fórmula definitiva, que el objeto del Registro son los derechos reales incribibles.

Cada una de estas tres últimas palabras, tanto por lo que expresan como por lo que olvidan u omiten en relación con el objeto del Registro, merecen un análisis individual, aunque sea breve.

Derechos. Se refiere, por supuesto, a los derechos subjetivos que, si bien pueden ser la quintaesencia de los poderes jurídicos, nunca son los únicos que existen, pues hay otras muchas lícitas posibilidades de actuación amparadas por la Ley, aunque tales poderes tengan menor rango, una solidez inferior, más limitada aplicación temporal, o un alcance más restringido. En principio no hay por qué entenderlos ajenos al Registro de la Propiedad.

Hablar sólo de derechos y omitir otras muchas figuras que atribuyen también poder jurídico es una verdad parcial. Y, por serlo, criticable y merecedora de rechazo.

ma arcaico, ha vuelto a pensar de nuevo sobre todo ello y —“agitado por el vivo afán de comprender”— ha cavilado acerca de la conveniencia de plantearse ciertas preguntas.

Y esta es la explicación de estas notas (un verdadero “divertimento” para mí), cuyo texto, a menudo elemental, acaso revele la simpatía y alguna ternura indisimulada a los actuales opositores por parte de un antiguo colega.

(1) ROCA SASTRE, Ramón M.^o: *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1946, 2.^a edición, volumen II, p. 138.

De otro lado, todo poder jurídico merece un estudio en su entidad aislada y abstracta, pero nunca puede ser entendido ni aplicado sino dentro de la relación jurídica en que se incardina.

Derechos reales. Es evidente que los derechos reales existen y tienen acceso al Registro de la Propiedad. Tampoco se va a discutir su concepto, pero sí la idea de que se reserve el Registro sólo y de un modo exclusivo para los derechos reales, porque hay graves objeciones.

Una de ellas es la de que su enfrentamiento radical con los derechos personales sólo se da con claridad en casos extremos, pues hay otros muchos en que apenas puede mantenerse o en que la distinción es comprometida.

Es indiscutible que la propiedad y los demás derechos reales son objeto del Registro de la Propiedad por implicar una sujeción inmediata de la cosa sobre la cual recaen, pero sobre todo y especialmente porque afectan a todo aquel que la posea o tenga alguna relación con ella. Es el efecto *erga omnes*.

Por cierto, según ha recordado MARTÍNEZ SANCHIZ (2), fue Rafael NÚÑEZ LAGOS quien nos hizo saber que, en esta materia de los efectos de los derechos reales, la expresión citada no tenía en su origen el valor absoluto con que ahora se suele entender, ya que proviene del proceso formulario con el texto *erga omnes possidentis*, es decir, frente a los sucesivos poseedores de la finca gravada con el derecho real.

Sin embargo, pronto fue aceptado que pudieran llegar al Registro ciertos derechos de crédito, carentes por sí de tal efecto. Bastaba para ello que hubieran sido dotados de una garantía real, es decir, capaz de afectar a terceros.

Se salvaban así la regla y la lógica formal porque se entendía que lo que el Registro publicaba era el derecho real de garantía. Pero no se podía desconocer ni ocultar que la garantía era accesorio y que se añadía a lo principal, que era el crédito.

De ese modo se desencadenó una especie de evolución degenerativa en el sentido de que, inscrita la garantía en cuanto derecho real, pasó a ser lo principal porque era "lo inscrito". Y el crédito se iba debilitando hasta convertirse en algo que no tenía más entidad que la de haber gozado el honor de servir de apoyo para la creación del "derecho real inscribible". BLANQUER lo ha estudiado con gran agudeza.

(2) MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel: "Sobre el título inscrito". Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 30 de marzo de 2000. Publicada en *Revista Jurídica del Notariado*, número 33, enero-marzo 2000, p. 147.

Pero la verdad es que en el Registro de la Propiedad aparecen también otros derechos personales o de crédito, y no ahora, sino ya en la primera Ley Hipotecaria, que había permitido que, en ciertos casos, tuviera acceso al Registro el arrendamiento de bienes inmuebles.

Es curioso que, según confiesa paladina e ingenuamente su Exposición de Motivos, se creyó que, de este modo, se le convertía en derecho real. Y, con un cierto pudor (“la comisión no debe ocultarlo”), decía que “ha establecido implícitamente un verdadero derecho real.” Como es natural, continuó siendo el mismo derecho personal que era antes, cuando no se permitía su registro, pues ni se convirtió en usucapible ni los plazos de su prescripción eran los de los derechos reales, según señaló PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS con rotunda sencillez. Además, el mismo autor (3) añade: “no parece aceptable que el entero régimen del derecho dependa de un hecho, la inscripción, que puede provocar una sola de las partes e, incluso, un tercero”.

Esta constancia registral, y contra el axioma “venta quita renta”, hizo subsistir al arrendamiento frente al propietario de la finca, fuere quien fuere, y hasta respecto de cualquier adquirente de derechos reales. Aumentó sus efectos haciendo que alcanzasen a terceros, a personas ajenas al contrato.

Pero, al margen de estos y otros casos concretos, en la misma entraña de los libros registrales, hay otros derechos, los derechos en formación, las potestades, facultades y expectativas, poderes jurídicos en general, y que por muy variadas razones que la ley ha ponderado, pueden hacerse valer en perjuicio de tercero. Y quedan publicados en el Registro, muchas veces incluso por medio de unos específicos asientos de inscripción.

En este sentido es muy aleccionador y sorprendente el texto del propio artículo 34, que, *sensu contrario*, presupone que pueden “constar en el Registro” “las causas de nulidad o resolución” del derecho registrado, es decir, las causas de ineficacia inicial o sobrevenida de los negocios jurídicos. Las derivadas de vicios de constitución del título adquisitivo registrado o las nacidas de acciones resolutorias, revocatorias o rescisorias, a las que también se refiere el artículo 37, típicas acciones personales.

Que el Registro publique “lo que no es propiedad ni derecho real” no puede salvarse diciendo, sin más, que sólo se trata de excepciones. No es natural ni satisfactorio que se quiera explicar de este modo el acceso al Registro de unos hechos tan heterogéneos como pueden ser la publicación de una cláusula de retroventa, la de un crédito cuyo importe se apli-

(3) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, tercera edición, Madrid, 1999, tomo II, p. 456.

ca a la refacción de un edificio o la presentación de una demanda ante el Juzgado.

Hay hechos, actos o negocios jurídicos creadores de relaciones jurídicas a las que la ley atribuye unos efectos que alcanzan a quienes no intervinieron en ellas, es decir, a terceros. Y para ello, precisamente para ello, la ley lo establece así cuando cree que es justo y que lo exige la defensa de intereses dignos de tal protección. Ya se vio que así lo hizo la Ley de 1861 con ciertos arrendamientos.

Esta admisión nace, pues, por unas razones y con unos fines que aquel aserto simplista de los derechos reales inscribibles no ha considerado ni tenido en cuenta en absoluto. (Y así, su olvido nos parece tan evidente como incomprensible.)

Derechos reales inscribibles. Aunque inscribible sólo pueda significar ser susceptible de inscripción, el problema surge por el mal uso, el uso equívoco de este término.

Apenas se pone el derecho real en relación con el mundo registral, surge la cuestión de qué es lo “inscribible” en el Registro y tal término es causa permanente de desazón. Y no por su significado, tan evidente, de “lo susceptible de inscripción,” sino por el mal uso que recibe esta última palabra. Se emplea de modo equívoco, y la inevitable consecuencia es la confusión que también resulta de cualquier ambigüedad o imprecisión.

Y aunque ya decía la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 que “es necesario fijar bien el valor de las palabras que pueden ser de distinto modo interpretadas”, la hoy vigente no deja “bien fijado” el valor de la palabra “inscripción”, porque, además de significar lo que llega a los libros registrales y en ellos queda publicado, designa a un cierto tipo de asiento de los que el Registro emplea, con el valor de “apuntes” o elementos escritos en sus libros.

El “inconveniente práctico” que lleva consigo este confusionismo ya lo reconoció ROCA SASTRE (4), aunque sin concederle más importancia que la de motivar una simple nota. Se refiere en ella a la contraposición entre la publicación, registro o toma de razón, a la que llama “registración”, y el específico asiento de inscripción. Y dice que este empleo ambivalente de la palabra inscripción [debe rechazarse] porque, “si se pretende siempre hablar con precisión” (?), “obliga a dar explicaciones acerca del sentido empleado en cada caso”.

A nuestro juicio, lo de hablar con precisión ha de ser pretendido siempre y, si no, se crea confusión, se comete un grave error y se propician,

(4) ROCA SASTRE, Ramón M.^a: *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1954, p. 16, nota 1.

encadenados, otros muchos errores. Y no parece tan difícil hallar dos palabras distintas para denominar a lo que son dos conceptos diferentes. Lo único imprescindible es proponérselo y aplicarlo después con rigor.

La palabra inscribir no debe emplearse más que en un solo sentido y con un único significado.

Si con ella se quiere hacer referencia a aquello de que el Registro “ha tomado razón” (por emplear una frase de auténtico abolengo), o de lo que puede y debe tener tal acogida y acceso, el término adecuado a nuestro juicio es el de publicar, que es un término genérico. De lo que, en términos generales, ha llegado al Registro, no se diga que se ha inscrito, sino que se ha publicado en el Registro o que se ha registrado.

La voz “inscripción” ha de aplicarse, tan sólo, al asiento de este nombre, en el que no admite sucedáneos, un tipo de asiento diferenciado de otros, de los que se denominan de presentación, cancelación, anotaciones preventivas o notas marginales.

Que lo publicado revista la forma de un asiento o de otro es cuestión menor, aunque no carente de relieve, que se encuadra dentro de la mecánica registral, del modo de llevar el Registro.

Sobre esta base, en lo sucesivo ya no se podrá hablar de “los derechos reales inscribibles” sino para referirse a los que el Registro publique con un asiento de inscripción. En cualquier otro caso, para toda figura jurídica que el Registro admita, se dirá que es registrable, publicable o susceptible de ser publicada en el Registro. Es el único modo de entenderse.

Y así, aquella frase nunca podrá ser equivalente a la de que “sólo los derechos reales pueden ser publicados en el Registro de la Propiedad”. Por la sencilla razón de que no es verdad, según nos lo muestran cada día los libros de cualquier Registro.

Ese mal uso de la voz inscripción y el confusionismo que origina ha provocado, en la práctica, una grave e injustificada devaluación de otros asientos y, en especial, del de anotación preventiva al que el régimen registral concede un valor que es de justicia calificar de trascendental en atención a los fines que al Registro se reconocen. Nos remitimos a lo que luego se dirá.

En resumen, se podría decir que, cuando se emplea la frase derechos reales inscribibles, se dice verdad, pero una verdad incompleta, pues sólo en parte lo es.

Y si la parte de verdad que no se dice tiene una cierta entidad, su omisión pueda inducir a error o a engaño: y de hecho se está mintiendo porque quien escucha o lee no puede menos de sufrir uno u otro.

2. Los títulos inscribibles.

En este nuevo enfoque, el objeto del Registro de la Propiedad son los títulos referentes a los derechos reales y a ciertas operaciones que a los mismos se refieren. Ésta sería, entre otros preceptos, su justificación legal:

El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles (605 CC y 1.º LH).

Los títulos de dominio o de otros derechos reales que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero (606).

La transcripción de estos archisabidos preceptos sólo pretende destacar su contraste con lo que se ha visto en el apartado anterior.

El Código Civil y la Ley Hipotecaria, con un mismo texto, hecho insólito, hablan de unos actos o contratos que son objeto del Registro. Con una expresa referencia a los “títulos” lo reitera el artículo 2.º de la misma Ley. Y con la expresión “relativos a” se vinculan de un modo institucional los títulos con los derechos reales sobre inmuebles, y es al conjunto de todo ello al que debe aplicarse la frase “la inscripción o anotación”.

Frente a la idea, vista en el apartado anterior, sobre los derechos reales inscribibles, este artículo, aunque no esté libre de crítica, es más preciso, y permite que se le pueda entender en sentido general de publicidad, la que proporcionan los asientos registrales, cualquiera que sea la clase a que pertenezcan.

3. Resumen crítico: necesidad de renovación.

Ambas teorías tienen una parte de verdad y gozan de apoyo literal en abundantes textos normativos. Y cada una de ellas olvida aspectos acertados y positivos de la otra, sin que sus respectivos defensores buscaran nunca su integración.

Acaso ésta no fuera posible. Al estar el problema planteado erróneamente por ambas, de modo parcial y con medias verdades, era muy difícil que se pudieran producir resultados satisfactorios. Y se llegó a una postura inmovilista, anclada en viejos conceptos sacralizados y tenidos por intangibles.

La polémica tuvo momentos de gran viveza, y entró más tarde, acaso por cansancio, en una fase en que triunfó con claridad la idea de los derechos reales inscribibles.

Sin embargo, la moderna doctrina se orientó en dirección distinta. En esencia, se habla ya de la situación jurídica y se piensa que, más que en-

frentar los derechos reales y los personales, se deben distinguir aquellos derechos que causan efectos respecto a terceros de los que no tienen esta cualidad.

Se reconoce también que la publicidad registral debe incluir el título, causa o razón de ser de la situación jurídica misma y de sus mutaciones, puesto que ha de constar en los asientos registrales si se ha de cumplir lo que Ley y Reglamento han exigido siempre.

Uno de nuestros más destacados hipotecaristas, el profesor AMORÓS GUARDIOLA (5), es consciente de que la expresión “derechos inscritos” no agota lo que se ha llamado objeto del Registro y propone el empleo de un término más amplio, relación jurídica o situación jurídica registral; por otra parte, el título ha de estar siempre en relación con los derechos a los que ha dado vida o alterado y por ello afirma que “se inscribe el derecho pero en unión con su título originador”. De este modo se va buscando, y se consigue, aquella fórmula integradora que antes hemos creído necesaria y echábamos de menos.

A modo de resumen y conclusión, hay que partir de otros supuestos, contemplar la realidad jurídica de distinto modo, acoger la terminología que la misma doctrina ha ido elaborando y considerar imprescindible la renovación y la búsqueda de un nuevo camino para conseguirla. No es precisamente tarea fácil ni sencilla, ya que son muchos los inconvenientes que será necesario superar.

Para todo ello se habrá de comprobar que lo que el Registro publica es lo que tiene que publicar si pretende ser fiel a lo que de él se espera y cumplir los fines para los que ha sido creado y organizado.

II. La situación jurídica en sí misma

Preámbulo.

El nuevo enfoque exige muchos cambios: olvidar criterios que, aparte de anticuados, son, además, erróneos o insuficientes, y arrumbar prejuicios que, al ser incompletos y parciales, lastraban la investigación e impedían contemplar en su conjunto la materia que se estudiaba.

Al mismo tiempo, hay que ver las figuras jurídicas sin dogmatismo ni rigidez. Debe admitirse, por supuesto, que existen derechos reales y de crédito, pero sin que se deba olvidar nunca que tal distinción no es tajante ni clara y que existen otros muchos tipos de poderes jurídicos. Y que,

(5) AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART. Tomo VII, pp. 176 y 177.

Derecho de cosas y de Obligaciones y Contratos, a los que se quería mantener separados e independientes, están unidos por su recíproca influencia y han de tener siempre una continua y conjunta aplicación.

El nuevo centro de gravedad será, de ahora en adelante, la situación jurídica, con lo que el panorama registral se extiende y amplía y permite disfrutar de una visión más completa y útil de todo el fenómeno a estudiar.

En efecto, la situación tiene una composición compleja y, en ella, en cuanto poder jurídico, el derecho real es sólo una parte de su contenido y va a coexistir en él con otros poderes jurídicos recayentes sobre la misma finca y que, de un modo eventual y a veces transitorio, puedan atribuirse a otros sujetos.

En primer término parece necesario adquirir una idea precisa de lo que es, en sí misma, la situación jurídica y, una vez conocidos sus caracteres, sus clases y su composición interna, será ya el momento de verla ante la sociedad y frente a la contratación, cuando aún no existe el Registro. Resultará que esa situación de que se trata exige ser conocida y publicada, y ello revelará que se hace necesario un órgano al que se encomiende ese cometido. Y se pensará en el Registro de la Propiedad como solución.

1. Concepto de situación jurídica.

La relación jurídico-inmobiliaria se caracteriza porque su elemento objetivo es una finca sobre la que su sujeto activo goza de un poder inmediato y de eficacia especial respecto de cualquier otra persona.

Pues bien, la situación jurídica no es más que una manera especial de ver tal relación. La misma palabra "situación" ya está teniendo en cuenta el enlace que surge entre algo y el lugar o sitio en que se encuentra u ocupa, y que consiste, a la vez, en un estado, un modo de estar o de existir.

Tiene especial interés cuando se estudia el Registro de la Propiedad, porque esta institución viene construida sobre la idea de finca, ya que es a ella, una vez sea inmatriculada, a la que se le da el rango y valor básicos de unidad registral por tratarse del elemento más estable y permanente de la relación jurídica.

En principio, la situación jurídica nace para permanecer con duración indefinida o un cierto plazo, al menos, bajo el signo de la firmeza y de la estabilidad.

2. Caracteres.

Se puede entender que caracteriza a la situación jurídica ser un conjunto o complejo, a la vez, estático y modificable.

A) *Es un conjunto.*

La situación no es simple, sino compuesta; es un conjunto integrado, en esencia, por estructura y contenido. En aquélla están los elementos subjetivos y objetivos; en éste los poderes jurídicos que son capaces de producir una determinada eficacia.

B) *Es estática.*

Se trata de un estado y la contemplamos en reposo. Ello no supone que sea inerte, pues tiene el dinamismo interno de los poderes que forman su contenido. Ni, mucho menos aún, que sea inalterable o no pueda tener modificaciones. Muy al contrario, la situación jurídica, que ha nacido de la vida social y para ella, está llamada a soportar continuas y variadas modificaciones.

C) *Es modificable.*

Más aún, es cambiante por naturaleza y a lo largo de su vida sufre alteraciones varias, cada una de las cuales la lleva a transformarse en otra que es ya distinta y también estática.

La modificación surge cuando la situación se somete a la acción de una fuente de energía cuyos efectos actúan sobre ella. No es que la situación se convierta en dinámica, sino que sufre los efectos de una energía que es capaz de modificarla.

D) *La modificación y el título.*

Esta fuerza motriz de la modificación es causa de ella si el ordenamiento jurídico le ha dado la necesaria idoneidad. En tal caso, se le llama "título", y es este título el que cambia la situación. Puede tener un origen endógeno, si procede del propio titular del poder jurídico, pero cabe también que sea exógena si emana, en ciertas condiciones, de un sujeto diferente, de un tercero.

El título que lleva a cabo el cambio de la situación ha de ser idóneo para ello y tener eficacia real. Se le exige que proceda del sujeto adecuado y se apoye en la propia situación para poder ser eficaz. A la vez, y por ese apoyo legitimador, es el enlace entre la situación que resulta modificada y la nueva.

En cuanto a sus efectos, se le exige al título eficacia real, y basta que la tenga, con independencia absoluta de que la misma le sea debida por su propia naturaleza, le provenga de una norma legal dictada con esa finalidad o le nazca de una autorización expresa en igual sentido.

3. Clases.

Con arreglo a un primer criterio de clasificación, las situaciones pueden ser primarias o secundarias. Otro criterio la divide en estables e inestables. Hay cierta relación entre ellas.

A) *La situación primaria y las secundarias.*

En el ámbito de poder típico de los derechos reales aparecen estas dos clases de situación. La situación primaria o básica es la que proyecta sobre la finca y a favor del sujeto activo, el ámbito de poder de la mayor amplitud que pueda imaginarse, lo que llama PEÑA propiedad plena y total (6).

Las situaciones secundarias proceden de la primaria y son el resultado de que, por obra de un título, se le sustraigan alguna o algunas parcelas de poder de las que tenía, ya sea en cuanto a la plenitud o a la totalidad:

a) Si el título rompe la plenitud del dominio, privándole de una parcela de poder para atribuírsela a un sujeto distinto, convierte a la situación primaria en dos situaciones distintas, secundarias ya, y que se complementan:

— Una es la *propiedad deficiente*, cuyo contenido es el de las facultades que le quedan, las que no han sido transferidas. Su sujeto activo es el mismo de la situación primaria.

— La otra, el *derecho real en cosa ajena*, sea nominado o innominado, tiene como contenido el poder que se sustrajo y fue transferido al nuevo sujeto activo y su alcance es tan vario como variadas son las facultades integrantes del dominio. Hay un sujeto pasivo que soportará el gravamen, y es el titular de la propiedad deficiente o gravada.

b) Cuando el título rompe con el carácter total de la propiedad, la situación secundaria debe calificarse, con PEÑA, de *propiedad compartida*. La situación primaria que inicialmente existía es sustituida por varias secundarias que coexisten, que se limitan entre sí de modo recíproco y que pueden adoptar diversas modalidades. El régimen del contenido de poder pleno que se comparte y sus efectos se establecerán en el título por la voluntad de los copartícipes en cuanto modifique los esquemas legales ya establecidos.

Rasgo común de las situaciones jurídicas de que estamos hablando es que, por lo común, son regulares, sólidas y estables.

(6) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, p. 20.

B) *Las situaciones estables e inestables.*

Son situaciones *estables*, por lo general, aquéllas cuyo contenido es el ámbito de poder de la propiedad y de los demás derechos reales, que acabamos de mencionar, y tienen un rasgo común que consiste en ser regulares, sólidas y firmes.

Y así permanecerán, aún después de sufrir alteraciones o cambios de los que denominamos propios y soportar mutaciones que afecten a su estructura (sujeto u objeto) o, por aumento o disminución, a los poderes de su contenido.

Las situaciones *inestables*, lo mismo si son primarias o secundarias, son aquéllas que, durante un cierto tiempo, tienen comprometida su estabilidad o solidez al quedar afectadas por alguna causa que las perturba y las hace frágiles e incluso abocadas a posible extinción.

La propia Dirección General de los Registros y del Notariado no es ajena a esta idea cuando se refiere a que “una inscripción de dominio esté en entredicho” en la Resolución de 19 de abril de 2002.

Nacen cuando la situación estable se ve afectada por un título que produce en ella un “cambio impropio”, que pronto se verá y, con él, una influencia perturbadora, pues su función es revelar que la situación está viciada, enferma o amenazada, con lo cual queda privada, durante algún tiempo, de la estabilidad y firmeza que antes tenía. El Registro acogerá dicho título, con igual limitación en el tiempo, si sus efectos llegan a afectar a terceros.

El carácter inestable de la situación crea en el sujeto que la conoce, por la publicidad que recibe, un efecto psicológico, que es la incertidumbre y la perplejidad.

Aunque no en el mismo sentido en que aquí se trata, la materia se desarrolló con brillantez por el profesor DE CASTRO (7) al estudiar las que él llamaba “situaciones jurídicas interinas”, que se caracterizan más por el hecho de ser transitorias que por su inestabilidad. Pero su doctrina tiene perfecta aplicación aquí, puesto que la inestabilidad es siempre transitoria.

Y si bien no agrupa más que a algunos de los casos de situaciones inestables posibles, debe hacerse constar que ya el propio autor distinguió tres clases de situaciones interinas: las temporalmente limitadas, las de pendencia y las carentes de firmeza. El resumen de su doctrina, a los fines que aquí nos interesan, podría ser éste:

(7) DE CASTRO, Federico: *Derecho Civil de España*, Madrid, 1949, pp. 606 y ss.

Las situaciones temporalmente limitadas tienen un típico ejemplo en los derechos aplazados, en los que un poder jurídico ostenta transitoriamente dos titulares, actual uno y futuro el otro, ambos dignos de protección.

Las situaciones de pendencia, durante un cierto tiempo, también tienen indeterminado su titular y ello exige proteger al que, por último, llegue a serlo en definitiva. El derecho sujeto a condición queda atribuido a un titular interino, con facultades de conservación.

Y las situaciones carentes de firmeza son aquéllas que, por una u otra causa, se encuentran en peligro de desaparecer jurídicamente y sólo pueden ser admitidas durante un período temporal, durante el cual deberán ser sanadas o habrán de extinguirse. Son las débiles, las viciadas, las litigiosas.

Mientras la situación es inestable supone un grave riesgo para la seguridad de la contratación inmobiliaria civil, a causa de la incertidumbre que crea. Es una idea esencial, a nuestro juicio.

4. Composición.

La situación jurídica está integrada por la estructura, el contenido y las circunstancias de tiempo y lugar.

En la estructura se hallan unos elementos, los subjetivos y los objetivos. El contenido es el ámbito de poder jurídico que se le concede, el conjunto de todo género de derechos, potestades, prerrogativas, facultades o poderes jurídicos, en general, que permitan a su titular una actuación jurídicamente lícita. Tales poderes, al recaer sobre el elemento objetivo de la estructura, dan lugar a unos efectos que pueden alcanzar a terceros, es decir, a personas que son ajenas a la estructura de la situación. Por último, pueden tener una fuerte repercusión en tal contenido las circunstancias espaciales o temporales, cuyo origen es, en ciertos casos, la propia naturaleza, y en otros la voluntad de los sujetos, en los términos y con el alcance que la ley permita.

Tal composición la veremos con brevedad a continuación:

A) *Estructura.*

La estructura de la situación está compuesta por el sujeto o los sujetos, activos y pasivos, y el objeto.

En la estructura hay elementos subjetivos, sujeto activo y, en su caso, pasivo, que se da en las situaciones secundarias de gravamen. Todo sujeto, único o plural, ha de ser determinado o determinable, pero nunca in-

determinado de modo permanente, aunque sí temporal. La determinación suele ser personal, pero cabe en función de la cosa. Así, en la hipoteca, el sujeto activo se designa de modo personal, pero el pasivo será quien sea dueño de la finca.

Elemento objetivo de la situación es la finca, el bien inmueble por naturaleza, es decir, no por incorporación, por destino o por analogía. El Código usa con frecuencia el término de finca, pero no la define, y parece referirse al inmueble por naturaleza con sus incorporaciones o partes integrantes, pero no a las pertenencias.

B) *Contenido.*

En su contenido están los poderes jurídicos, pero también las limitaciones, cargas u obligaciones, aunque éstas se suelen omitir si proceden del propio régimen legal, que es el caso de la fianza e inventario a cargo del usufructuario, entre otros muchos.

Tales poderes son innumerables. En la situación primaria, y en la secundaria de propiedad compartida, su contenido es el señorío general y comprende todos los poderes posibles sobre la cosa. En la situación secundaria de los derechos reales limitados, el ámbito de poder es menor.

Por un lado, hay unos poderes concretos nacidos de la propia naturaleza. Son muy claros cuando se trata de derechos de goce y están dirigidos, de un modo directo, a la satisfacción de necesidades primarias que la cosa proporciona por sí misma, de conformidad con su naturaleza y destino.

Aunque menos elementales siguen también siendo claras tales facultades de realización directa en los derechos de percepción de renta, caso de los censos y del derecho urbanístico de superficie; y ya no son tan perceptibles en otros derechos reales, caso de los de adquisición o garantía.

Y hay un grupo inmenso que corresponde a todos aquellos poderes que están ínsitos en cada una de las manifestaciones de los derechos reales limitados. Por ejemplo, y respecto a uno solo de los derechos reales de percepción de renta, recuérdense derechos del tipo del cobro del laudemio o los de readquisición de la finca por comiso, reversión y consolidación.

No nos es posible entrar tampoco en el examen de los poderes genéricos de exclusión, persecución y preferencia que los derechos reales tienen atribuidos.

También debe tenerse en cuenta la autonomía de la voluntad, capaz de introducir cambios de gran importancia en los correlativos ámbitos de

poder. Basta recordar que es posible autorizar al usufructuario para que disponga de su derecho, y que puede un testador constituir un usufructo de disposición, que se caracteriza porque permite al usufructuario disponer del pleno dominio de la cosa.

Entre las facultades típicamente jurídicas de los derechos reales suele incluirse el poder o facultad de su titular de enajenar o gravar la cosa. Se ha prescindido de él porque no se le considera integrante del contenido de la situación, sino una emanación de la personalidad del sujeto del patrimonio al que la cosa pertenece. No cabe argumentar aquí la defensa de tan aventurada opinión.

C) *Circunstancias temporales y espaciales.*

Integran también la situación y, de modo necesario, unas determinadas circunstancias de tiempo y espacio en las que, por naturaleza, nace y tiene que vivir; y, además, ya de modo coyuntural o eventual, por otras similares que las partes puedan crear, con aplicaciones variadas, en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

El tiempo. La existencia de una circunstancia temporal en la situación jurídica es una clara evidencia, aunque no lo sea tanto la función que representa en ella.

Toda situación inmobiliaria es duradera porque lo exige así su función económico-social, a diferencia de lo que ocurre con la relación jurídico-obligatoria, que puede ser instantánea.

El tiempo opera, en primer término, en función de medida de la duración misma. Hay casos en los que llega a hablarse de duración indefinida y hasta de perpetuidad, al menos tendencial, como en el dominio, derechos de censo y algunas servidumbres. En otros, la duración se limita, pero es posible ampliarla, así en el usufructo vitalicio, a la vida de una persona.

El carácter indefinido en el tiempo que se suele atribuir a la propiedad, base de todo un sistema económico y social, es el que determina que, por su parte, tengan que ser limitados en el tiempo todos los derechos que la graven o produzcan en ella cualquier tipo de limitación o restricción.

El tiempo puede indicar el momento inicial y final de la relación. Incrustado en el contenido de la situación es el punto de referencia del nacimiento de los efectos, señalando el día inicial de la relación jurídica y el de la producción de sus efectos. La ley y la voluntad negocial pueden fijar también el día final, cuya llegada supondrá la entrada en vigor de los deberes de liquidación, previa a la extinción de la propia situación.

El Código prevé, en concreto, que las partes señalen un *dies ad quem* para el usufructo o las servidumbres.

El lugar tiene gran relevancia porque determina el régimen jurídico aplicable a la situación jurídica, quiénes sean los Tribunales competentes para resolver conflictos que suscite, o cuál el Registro de la Propiedad en que dicha relación ha de ser inscrita.

Todo ello depende de “el lugar”, pero ¿de qué lugar? Aquel en el que se encuentre sita la cosa, si es inmueble, que es el caso que nos interesa. Esta referencia espacial va a ser determinante en los tres casos indicados.

El lugar de ejercicio de sus poderes es también el de radicación de la finca. Pero si se producen efectos accesorios de carácter obligacional, el pago periódico de una cantidad, por ejemplo, se impone la regla del Derecho de obligaciones, y el lugar de pago es el domicilio del deudor. No obstante, en materia de derecho real de censo, las pensiones censales se pagan en la finca.

* * *

Vista la situación jurídica en su intimidad, ya se puede dar un paso adelante para verla ante la Sociedad, y en su llegada al Registro después.

III. La situación jurídica ante la Sociedad

Conforme la Sociedad va evolucionando, se incrementan las necesidades de sus miembros, y se satisfacen en parte a través del intercambio de bienes entre ellos. La inicial contratación de los frutos naturales llevará más tarde a pensar en la de las fincas que los producen. Estas fincas son bienes naturales cuyo uso responde a su utilidad de remediar necesidades vitales, y son valorables, es decir, aptas para ser medidas en unidades de valor, objeto de contratación por estar en el comercio de los hombres.

Y al estar la Sociedad regida por el Derecho, corresponde al ordenamiento jurídico la regulación del régimen general de la propiedad en todos los órdenes, entre ellos el de su contratación, sus medios, forma y efectos que se les atribuyen, todo lo cual es de la competencia del Derecho Civil. A él corresponderá todo lo que se refiere a la situación jurídica de las fincas.

El punto de vista que debemos adoptar para su estudio es el de la situación jurídica de la finca en el momento en que la Sociedad se interesa en ella, es decir, desde fuera, cuando se ve a la finca en su calidad de objeto de la contratación.

Durante extensas épocas históricas, en rigor hasta fechas muy recientes, la situación jurídica de las fincas apenas tiene repercusión en la vida económico-social. Esto es lo que sucedía:

1. La situación no puede ser conocida.

La existencia de una situación jurídica les consta a quienes le dieron vida, a las partes que la crearon. Y, de manera vaga, en el sentido de saber que existe, la conocen los dueños de las fincas colindantes o los que ven que se practican actos de tipo posesorio sobre la finca. Fuera de estos casos no es conocida por nadie.

Desde el punto de vista mencionado, el de la contratación, la persona interesada en la adquisición de una finca no tiene de ella más conocimiento que el resultante de la observación sobre su realidad física. Otro tipo de datos físicos o técnicos exigirán ya el trámite adicional y previo de entrar en ellas, lo cual presupone, al menos, el permiso de su poseedor. Y aquí termina, y a esto queda reducido el conocimiento que puede tener sobre la finca quien piense adquirirla.

Su situación jurídica, es decir, quién es su dueño, si tiene o no hipotecas u otras cargas, si está arrendada o libre, o sufre la amenaza de un embargo, no le es conocida y, lo que es peor, no tiene modo de conocerla. Y todo ello, el conjunto de lo que no se puede ver ni desde fuera ni desde el interior de la finca, resulta ser de importancia máxima para quien pretende adquirirla.

La primera información que le interesa es la relativa a la persona con la que se puedan entablar los tratos preliminares y, en su caso, contratar, es decir, el dueño de la finca.

Hay, es cierto, un medio de llegar a conocer el dueño de la finca, es el Catastro, un registro administrativo que depende del Ministerio de Hacienda y que, con fines fiscales, contiene la descripción oficial, topográfica y económica, de las distintas fincas rústicas y urbanas que integran el suelo español y que se definen con caracteres especiales. A través de muy complejos sistemas, da la más completa, perfecta y actualizada valoración a tales fincas, en cuanto son fuentes de riqueza determinantes de la capacidad tributaria de sus titulares.

En la fase de que hablamos, su aportación no pudo ser de gran utilidad. Pero cuando el Registro de la Propiedad llegue a nacer tendrá en el Catastro un importante aliado.

La contratación sobre fincas se puede dar, aun con muchas dificultades, y de hecho se daba a pesar de tales deficiencias, pero careciendo siempre de la agilidad y fluidez que debería tener.

2. El título formal es inoperante en la contratación.

Esta poco halagüeña situación gozará de un relativo alivio cuando la situación jurídica de la finca esté apoyada en un título de adquisición,

título material en el que tiene un valor esencial la voluntad de los que lo otorgan cuando la misma viene expresada dentro del ámbito de la llamada “autonomía de la voluntad”.

Cuando este título material reviste unas determinadas formas o solemnidades que la ley regula, permite y a veces exige, para causar determinados efectos, nace el título con carácter de requisito de forma en la expresión de la voluntad. Unas veces se requiere para probar el negocio o para ejecutarlo; otras, para que el negocio mismo pueda existir. Los negocios formales marcarán un hito en la historia de la contratación.

Cuando estas formas se perfeccionan y consiguen adquirir los caracteres de lo que hoy llamamos documento público, se ha dado un paso de enorme valor en lo que se refiere a la seguridad de que esa voluntad, capaz de crear, modificar o extinguir la situación jurídica, procede de personas idóneas y goza de todas las garantías, de modo que surta los efectos queridos sobre una situación cuya estructura y contenido han sido tenidos en cuenta. Todo ello va a quedar recogido con autenticidad en el título que da vida a la relación.

El título formal es el documento que autentica y prueba la causa o título material que en él se contiene. Pero, conforme se ha puesto de relieve con autoridad y acierto, la escritura pública, que es el título más frecuente, padece dos “defectos” esenciales:

El primero consiste en que a la escritura nunca le va a ser posible garantizar la preexistencia del derecho del transferente anterior, es decir, de aquél de quien adquirió el que hoy es dueño. Es el conocido problema de la *probatio diabolica*, que sólo se resolvía en la práctica recurriendo a la suma de los períodos posesorios de los anteriores y sucesivos dueños para llegar a completar el tiempo exigido para usucapir.

El segundo defecto radica en que la escritura acredita la adquisición de quien ahora pretende transmitir, pero nunca podrá probar que dicho adquirente continúa siendo dueño el día en que proyecta enajenar, o que no haya otorgado otro documento por el que se grave el dominio que adquirió o se limiten las facultades que en su calidad del dueño le competen.

El título público, al presentar al sujeto que adquirió y al probar la adquisición misma, aporta a la contratación un valor de enorme interés, a pesar de esa doble insuficiencia de que con toda razón se le reprocha. En otro sentido, tampoco le era dado evitar que hasta el dar una simple información sobre la finca exigiera el previo contacto personal entre el que la pedía y quien podía darla.

Y ello le hacía impotente, o al menos inoperante, para actuar con alguna eficacia en la contratación.

Y aunque en forma precaria diera lugar a intercambios de bienes entre los sujetos de derecho, quedaban infrautilizados, de modo lamentable,

el valor y la fuerza que tiene el título auténtico para preparar la contratación, agilizarla o aportarle garantías.

Para remediar estos defectos nace, tiene que nacer, el Registro de la Propiedad, para convertirse precisamente en el instrumento de publicidad que se necesita.

3. Es necesaria una información que se publique.

RODRÍGUEZ ADRADOS (8) ya destacó esta necesidad al explicar que el Registro había nacido con el fin de ser un complemento de los documentos públicos: para corregir los excesos de lo que era su particular oponibilidad, indiscriminada respecto de terceros, y suplir los defectos de no poder garantizar la preexistencia del dominio del transferente.

Es significativa la terminología empleada por RODRÍGUEZ ADRADOS: el Registro de la Propiedad nace para suplir los defectos de la escritura y para corregir sus excesos de oponibilidad frente a terceros.

Los defectos de prueba ya han quedado expuestos. Y el propio autor aclara los “excesos” de su oponibilidad frente a los terceros, una pura consecuencia de la autenticidad propia del documento notarial, cuando añade: “Tal eficacia, esa absoluta oponibilidad a los terceros del documento notarial, vino a ser fuente de inseguridad para el tráfico y hubo de ser limitada, en cuanto a determinados terceros, por el Registro de la Propiedad”.

Ha surgido la idea de “inoponibilidad” (mucho más fecunda a nuestro juicio que la de “oponibilidad”), que nace de una prevalencia entre derechos que la Ley ha establecido en ciertos supuestos.

Y aún agrega: “Esto es así, sin ningún otro requisito, en la esfera registral. En la esfera judicial no perjudicarán al tercero inscrito sólo cuando ese tercero reúna las demás condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria”.

Por último, según se ha apuntado ya, la incompleta prueba que el documento puede aportar tan sólo aparece, y de un modo individual, por la exhibición del propio título formal, que exige el contacto personal en lugar y tiempo previamente concertados.

(8) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: “El documento notarial y la seguridad jurídica”. Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado. Sevilla, 1983. Se cita por la publicación que hizo el Consejo General del Notariado en sus *Escritos jurídicos*, Madrid, 1995. Tomo III, p. 121.

En conjunto, son las carencias de un sistema primitivo, que vive encerrado en sí mismo, de espaldas a las necesidades de la vida, en completa ignorancia de aspectos esenciales para su propio desenvolvimiento y el empleo de los muchos recursos que posee.

Y así es como va a resultar evidente la necesidad de acabar con la clandestinidad de la situación jurídica de las fincas y obtener la información que la sociedad reclama. Una vez obtenida será depurada y comprobada, para ofrecerla públicamente a todo aquel que la solicite.

Así nace, y esa es la causa por la que tiene que nacer, el Registro de la Propiedad.

La primera Ley Hipotecaria española arranca en 1861 con una importante motivación añadida, aunque sea coyuntural, el efecto económico que causaron las leyes desamortizadoras y desvinculadoras.

La primera misión que asume el recién nacido Registro de la Propiedad es la de responder de modo adecuado a la demanda que formula la sociedad y darle información pública sobre la situación jurídica de las fincas. Y no será la única.

IV. La situación jurídica en el Registro

La situación jurídica adquiere presencia en la vida social en cuanto emerge de la clandestinidad y del anonimato en que se encontraba, y eso sucede en el momento en que se la conoce, o aún mejor, en cuanto puede ser conocida al haberse creado el medio de información que la publica, el Registro de la Propiedad.

Ya el hecho en sí es de una relevancia muy acusada, pero son tan importantes sus consecuencias, que se hace imprescindible examinar todo ello con detalle en sus distintos aspectos.

Conviene ver de modo sucesivo cómo se hace del Registro un instrumento de información, examinando en qué condiciones y con qué trámites le llega la información, las garantías que ha de adoptar para recibirla y publicarla, cómo se produce el ingreso de la situación en el Registro y, por último, cuál será el significado especial que adquiere la situación al quedar registrada.

1. El Registro, instrumento de información.

El Registro de la Propiedad nace como instrumento para la información, aunque no sea ésta la única, ni siquiera la de mayor importancia entre las tareas que desempeñará. Pero es la primera y la base de las demás.

Ciertamente, apenas imaginado y pergeñado un sistema para publicar información, ya se advierte que, con tal base, se puede y se deben intentar otros fines más ambiciosos y de mayor calado, como veremos.

Si se piensa que la primera protección que pide la contratación es que se la haga posible y se cree la información para ello necesaria, es requisito inexcusable que el Registro haya adquirido previamente tal información.

A) *La información ha de adquirirse.*

Esa información que el Registro ha de conseguir sobre la situación jurídica de las fincas sólo se la pueden suministrar los particulares que son sus dueños; es, por tanto, de origen privado. Por ello, antes de ser aceptada para su publicación, tiene que someterse a un riguroso examen de comprobación y depuración.

Cada dueño, en un acto individual, dará al Registro tal información aportando los títulos justificativos de la situación jurídica de su finca y de su propia titularidad. Entre otros requisitos, se le exigirá que la titulación sea pública y auténtica.

Este dueño, de ordinario sólo por razones económicas, es con frecuencia renuente a ofrecer esa información que implica la inmatriculación de su finca en el Registro porque le supone el pago de unos gastos. Todo se resuelve sin imponer obligatoriedad alguna, aplicando la idea de “carga”, concepto técnico por el que se le propone al sujeto una determinada conducta que, seguida de modo voluntario, origina en su favor ciertos beneficios.

Pues bien, cuando el ordenamiento jurídico decide crear el Registro, lo configura de modo que constituya en sí mismo un estímulo para que los dueños de las fincas que han de llegar a él faciliten la información necesaria mediante la aportación de los títulos de que dispongan, a fin de que, en el momento en que aquellas fincas se inmatriculen y quede publicada su situación jurídica, gocen sus titulares de ciertos beneficios que el propio Registro les depara.

Entre otros incentivos, al titular de la finca se le conceden ventajas varias, por las cuales verá facilitado el ejercicio de sus derechos, adquirirá otros nuevos, crecerán las dificultades de quien quiera contradecir su posición u oponerse a ella y logrará así una prevalencia de que antes no gozaba, frente a los derechos de otros sujetos, que en adelante ya le serán inoponibles.

De este modo se fomenta la inmatriculación, pues aunque ese dueño busca la pura satisfacción de un interés egoísta de ganar las ventajas que

el Registro le ofrece, presta a la vez colaboración eficaz al cumplimiento del objetivo general del bien común que el Registro pretende conseguir, mediante la aportación del título o títulos de los que resulta la situación jurídico-dominical de la finca.

B) *La información adquirida ha de publicarse.*

Estamos, pues en la fase dedicada al estudio del Registro que va a dar información, configurado para ser instrumento de publicidad.

La contratación se hace posible cuando el Registro da a quien lo solicite la información que le es necesaria, comenzando por el nombre del dueño de la finca que le interesa y se facilitará más al ampliarse al conjunto de la situación jurídica de la finca; así, por ejemplo, de quién se adquirió y en virtud de qué título, qué cargas soporta y cuál es su naturaleza, su duración y sus demás caracteres, si hay limitaciones en las facultades del dueño, si existe alguna persona que tenga o pretenda tener algún derecho capaz de afectar a los del dueño, etc.

La información que ha de publicarse, imprescindible en ese momento inicial y a la que acabamos de referirnos, se puede resumir diciendo que es la que atañe al conjunto de la situación jurídica de la finca, esencial para contratar sobre ella. Y el Registro muestra esta situación, que es de naturaleza dominical, aunque, en rigor, lo que de verdad refleja son los títulos inmatriculadores que la justifican y de los que resulta.

Esta puntualización no debería ser olvidada en ningún momento. Siempre que, abreviadamente, se habla de situación registrada debe entenderse que lo registrado son los títulos de eficacia real de los que resulta la situación y los posteriores cambios que en ella se van introduciendo.

Esta información, que está dotada de todas las garantías apetecibles, no sólo facilita y hace fluida la contratación sobre las fincas, sino que consolida su valor e incluso lo potencia, al lograr que todos los datos significativos de su situación jurídica resulten asequibles a un número de personas mucho mayor.

C) *La información publicada ha de ser cognoscible.*

Por otro lado, es necesario descender desde los principios al terreno de las realidades. Y ha de realizarse con un sistema que busque los medios adecuados para que lo que el pensamiento dibujó sea coronado por la eficacia práctica. Y así, una vez depurada la información obtenida, ingrese la situación jurídica en el Registro y su publicación llegue a sus destinatarios.

El corolario es que a esta publicidad de fondo o material se le dote de lo necesario para que sea conocida por quienes puedan estar interesados. Es lo que se denomina la publicidad formal del Registro, el conjunto de medios que permiten al ciudadano lograr con facilidad la publicidad que precisa.

Se consigue a través de la exhibición de los propios libros registrales o la expedición de certificaciones de sus asientos, con valor y eficacia de documentos públicos. Y se establece también la expedición de notas simples, con mero valor informativo.

2. Ingreso de la situación en el Registro.

Desde un estricto punto de vista conceptual, se distinguen el acto de ingreso de la finca en el Registro y el de la situación jurídica que recae sobre ella.

Al ingresar la finca en el Registro adquiere la calidad de unidad registral y en tal sentido abre su folio o registro particular y queda inmatriculada mediante el asiento de este nombre. Y de modo simultáneo, en el propio asiento queda publicado el título dominical del que resulta la situación jurídica de la finca, y ésta se contempla en cuanto objeto de su estructura.

Este ingreso y la instalación de su situación jurídica a través de su título son de una importancia trascendental y lo pone de relieve el cuidado muy especial con que es regulado por el ordenamiento y el énfasis que se da al rigor de su tratamiento. Se llega a este resultado a través de ese procedimiento, donde queda adecuada constancia del título inmatriculador que lo justifica, pues se parte de la base de que no todo título o cualquier título de propiedad es suficiente para ello.

Comencemos, pues, por examinar ambos aspectos, no sin insistir en que a uno y otro el ordenamiento jurídico les impone un estricto régimen de garantías.

A) *El procedimiento de inmatriculación.*

Está dirigido a instalar en el Registro por vez primera una finca que no figuraba antes en sus libros, plasmando en él, a la vez, los títulos de los que resulta su situación jurídica. Y, lo mismo que cualquier otro procedimiento registral, la función se actúa con el fin de que lo publicado por sus libros esté en concordancia con la realidad.

De los presupuestos que tiene todo procedimiento registral, sólo le son de aplicación los negociales: el de la previa formación negocial del acto que llega al Registro y el de su documentación pública y auténtica.

El tercer presupuesto, el de la concatenación de asientos, ha de faltarle por necesidad, ya que se trata de la práctica de un primer asiento. El asiento de inmatriculación que va a nacer por obra del procedimiento será el primero de la cadena.

En el procedimiento son elementos subjetivos, de un lado, el Órgano y su titular, o sea, el Registro competente por razón de la ubicación de la finca y el registrador; y de otro, el interesado que formula la rogación. Elemento objetivo es la finca, que ha de estar sita en alguno de los Ayuntamientos comprendidos en la circunscripción del Registro.

La tramitación se inicia siempre a instancia de parte, mediante la rogación y la presentación del título inmatriculador, y se formaliza en el asiento de presentación. A partir de la fecha de este asiento se inicia la fase de precalificación, que dura quince días y, dentro de ellos, ha de recaer la calificación del registrador, que decide si el título es o no inmatriculable, con indicación, en el segundo caso, de los vicios observados y su naturaleza, es decir, si, a su juicio, son subsanables o insubsanables.

El registrador aprecia si hay inmatriculada alguna otra finca cuya descripción coincida con la que quiere ingresar en el Registro o con parte de ella. Si lo estimara así, es el juez el que, en procedimiento especial, decidirá si es no inmatriculable el título.

De no darse la duda anterior ni otros vicios, practicará el registrador el asiento de inscripción de la inmatriculación y, por medio de edictos, se notifica a los posibles interesados para su eventual impugnación. Tal edicto se fija durante un mes en el tablón de anuncios del Ayuntamiento en que radique la finca.

Aunque el procedimiento tenga carácter instrumental tan sólo, debe ponerse de relieve que es el modo a través del cual el Derecho cuida y protege el funcionamiento de una institución. Y cuanto más fuerte y útil sea ésta, tanto más importante resulta que esté rectamente ejercida y aplicada.

B) *Los títulos inmatriculadores.*

La citada exigencia de garantías se refuerza al requerirse especial titulación para asentar la inscripción inmatriculadora.

Los títulos inmatriculadores se incrustan de un modo tan particular en el procedimiento de la inmatriculación que, hasta la tramitación misma y sus efectos, son diferentes según los casos.

Tales títulos son el auto que se dicte en el expediente de dominio, el título público de adquisición del dominio, en ciertas condiciones, y las certificaciones de dominio y cargas de las corporaciones de Derecho público. Omitiremos su estudio, por ser ajeno al objeto de esta exposición.

C) *El asiento registral de inmatriculación.*

También aquí se estima necesario distinguir entre el acto de inmatricular y la documentación que este acto recibe.

En su cualidad de acto, la inmatriculación se puede definir diciendo que es la apertura, en los libros de fincas o Libros de Inscripciones del Registro de la Propiedad, de lo que va a ser el registro particular, el “folio real”, de una determinada finca, que es unidad registral independiente de cualquier otra y provista de su propio número identificador.

El asiento que documenta la inmatriculación es un asiento esencial y de singulares características: es el primer asiento que se practica, abre el folio registral e inicia el historial de la situación jurídica de la finca; es el único que reflejará en su integridad tal situación; y su clase y contenido están predeterminados por un expreso imperativo legal, pues el artículo 7.º LH dispone que “la primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio”.

Los asientos posteriores al de inmatriculación ya no presentan la situación jurídica en su integridad. Como veremos más adelante, y de conformidad con el título que le da vida, cualquier cambio que tal situación experimente en lo sucesivo se traducirá en un asiento que lo refleja escuetamente, sin referencia alguna al conjunto de la situación que no es modificada.

Por lo que se refiere al contenido dominical del asiento, entiende la doctrina que incluye también la propiedad compartida o no total, de la que son ejemplo la comunidad y la propiedad horizontal, e incluso la propiedad no plena, caso de la propiedad gravada, del dominio del censatario, etc.

En todos estos supuestos *la finca queda íntegramente inmatriculada*, a pesar de que el asiento de inscripción publique un dominio no pleno o no íntegro sobre ella.

A continuación, instalada ya en el Registro con todas las garantías, todo consultante obtiene la publicidad necesaria sobre la situación jurídica de la finca y sus títulos. Y, a tal fin, el ordenamiento la va a revestir de un especial significado que se pone de manifiesto en los efectos que produce por el hecho de estar registrada.

3. La situación registrada y su significado.

Cuando la situación jurídica llega al Registro con la publicación del título que la configura, pasa ya a ser “situación registrada”, con un significado nuevo y la obtención y goce de ciertos beneficiosos efectos de que antes carecía. Hay que estudiar estos efectos, a quién benefician y, a la vez, lo que, en calidad de contrapartida, tienen que aportar al Registro los que gozaron de aquellos beneficios.

Veamos ambos aspectos.

A) *Lo que el Registro da a la situación jurídica.*

La situación registrada recibe una nueva y singular protección que cambia su significado y le da una dimensión especial. Tal protección es de gran amplitud, pero ahora sólo se ha de exponer la que atañe a la situación registrada y al titular que el Registro publica.

a) *Le da la presunción de veracidad.*

Al titular registral se le brinda por el Registro la protección que recibe el nombre de *legitimación registral*, consistente en que “a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo”, según reza el texto del artículo 38 LH.

La renovación que propugnamos es terminológica también y, en este sentido, debemos entender que el texto, más que a los derechos reales inscritos que cita, debe considerarse referido “a las situaciones jurídicas registradas”, en su conjunto.

Es decir, que el Registro, al publicar la situación jurídica, proclama la verdad oficial sobre ella, “a todos los efectos legales”, es decir, en favor y en contra del titular registral.

Esta verdad tiene alcance doble, al referirse, por un lado, a la *exactitud* con que lo publicado concuerda con la realidad. Y, por otro, a su *integridad*, es decir, que no ha habido en la realidad otra modificación jurídica, puesto que no consta en el Registro.

Del tema de la exactitud trataremos más adelante. En el de la integridad conviene detenerse un punto.

Ya sabemos que se publican poderes jurídicos con eficacia real, y la integridad presumida parece dar a entender que todo poder jurídico con eficacia real debe estar registrado y que carece de ella si no consta en el Registro.

En rigor debe reconocerse que existen poderes con aquella eficacia y que el Registro no publica, no obstante lo cual afectarán a terceros. La doctrina suele referirse a ellos afirmando que son “derechos reales que no necesitan ser inscritos”. ¿Equivale esto a decir que se pueda hablar de “excepciones”? No necesariamente.

La publicidad del Registro sobra, se podría decir que “no juega”, si el acto de que se trata es patente o notorio, y goza por sí mismo de una apariencia real insoslayable y evidente. Es lo que ocurre con las servidumbres aparentes.

En otros casos hay verdadera publicidad registral, aunque ésta no se

presente de una manera expresa, separada y especial. Para comprenderlo basta fijarse en el artículo 1.522 del CC, que nos servirá de ejemplo.

En una “propiedad compartida”, el poder jurídico que se le atribuye a un condueño para adquirir con preferencia la cuota de propiedad que otro condueño enajena a un tercero va a producir efecto sobre éste a pesar de que, se dice, no consta en el Registro.

En realidad se trata de algo que es inherente a la propia situación registrada y está publicado en ella, lo mismo si se piensa en el poder jurídico del condueño que retrae, que en la limitación que crea en los derechos del condueño que enajena. El poder y la limitación están incluidos *ab initio* en lo que es el tipo legal de la situación publicada. La afección al tercero es una consecuencia pura y simple de los efectos legales propios de la situación jurídica de la propiedad compartida.

Y si, como entiende parte de la doctrina, la presunción de integridad significa “que no ha habido en la realidad modificación puesto que no consta en el Registro”, es claro que en el caso citado no hay cambio alguno en la situación inicial.

Lo mismo cabe decir en los demás casos que se suelen citar a estos efectos, es decir, limitaciones legales o estatutarias de la propiedad, arrendamientos sometidos a Leyes especiales, los llamados tanteos y retractos legales, como hemos visto, incluso el de colindantes mismo, el derecho de reversión en materia de Expropiación forzosa, limitaciones de la Ley del Suelo, etc.

Además, por su carácter de documentos públicos, los asientos del Registro (*al expresar la verdad*) constituyen un título de legitimación y el titular registral goza de la llamada “legitimación para el tráfico”. Por la eficacia legitimadora del Registro, el poder jurídico que se publica se presume que existe y, además, se presume que “le” pertenece a quien registralmente figura como su titular. Y por efecto de esta presunción el titular registral “está legitimado” para disponer. Pero no está de más advertir que ello no significa que le esté atribuida la facultad de disponer.

Si, además de titular registral, es verdadero dueño, dispondrá bien. Pero si no fuere dueño, a pesar de su cualidad de titular registral, dispondrá ilícitamente, y podrá incluso incurrir en responsabilidad criminal.

Y si a la situación registrada se le concede tal protección especial es porque, en la inmensa mayoría de los casos, coincide con la situación real. Y el titular registral es, por regla general, el verdadero titular de la situación, cuyo interés es el que se quiere proteger. Es el tema de la concordanancia que luego se estudiará.

Por supuesto, contra tal presunción se admite prueba en contrario, por lo que habrá de ceder y perderá todo su valor si se demuestra que la rea-

lidad es contraria a lo presumido. Pero es una prueba tasada porque ha de resultar del documento en que conste el consentimiento del titular registral o, en su caso, de la resolución judicial que al efecto llegue a dictarse, dada la salvaguardia judicial de los asientos.

Si la prueba en contrario tiene éxito y “se ha declarado la inexactitud el Registro”, la presunción ya no existe y procede que se lleva a cabo la rectificación de aquél para que concuerde con la realidad.

b) *Le da una especial protección.*

A la situación registrada se le protege, además, por otros medios. Uno de ellos es otra presunción legal, la de que el titular tiene también la posesión de la finca, de gran importancia, ya que si, conforme a Derecho, dura el tiempo preciso, permite adquirir el dominio por usucapión.

Un importante efecto de protección sustantiva es el de que no le sean oponibles al título registrado aquellos otros que le sean contradictorios y que no fueron registrados. Esta inoponibilidad premia a quien, con buena fe, registró su título y castiga a la vez la morosidad, indolencia o descuido del que, pudiéndolo hacer, no lo hizo. Y así aquel título, aun siendo de fecha anterior, no causará efecto alguno en contra de quien registró el suyo.

Así lo dispone el artículo 32 LH con referencia a “los títulos de dominio o de otros derechos reales”, pero la doctrina lo extiende a las cargas, gravámenes y limitaciones que no consten anteriormente registrados.

El artículo 34 de la LH, aparte otros cometidos, colabora en este mismo efecto protector al establecer la inoponibilidad de ciertos títulos, creadores de causas de nulidad o de resolución de derechos registrados “que no constan en el Registro”.

Al titular registral se le da, además, protección procesal al crear a su favor ciertos procedimientos especiales y facilitarle el ejercicio de sus medios de defensa y el de ciertas acciones, con apoyo en la protección sustantiva antes indicada, y así resulta, entre otros, de los artículos 38, 2.º y 3.º y 41, de la LH.

A la inversa, quien contradiga el contenido del Registro y pretenda alterar la situación registrada, además de probar en el proceso su desacuerdo con la realidad, previamente o a la vez, tendrá que entablar demanda de nulidad o cancelación del asiento registral correspondiente. Y, para ello, habrá también de superar ciertas restricciones adicionales, las que se derivan del artículo 313 de la Ley Hipotecaria.

Y para acabar, todo efecto que las leyes civiles asignan a las situaciones de apariencia debe predicarse de los asientos registrales.

Visto cuanto antecede no cabe ninguna duda de que la situación jurídica registrada es mucho más sólida y vigorosa que la que se halla fuera del Registro. Este es el significado que el Registro tiene para la situación jurídica.

B) *Lo que debe dársele al Registro: concordancia.*

El mayor vigor que obtiene la situación jurídica exige la contrapartida de que sus beneficiarios faciliten al Registro lo que precise para desempeñar su cometido, dentro del sistema de libertad en que actúa. Y otras personas, sin ser titulares, han de actuar también de modo que aquél pueda cumplirse.

Cuando el ordenamiento establece las presunciones que se han expuesto se está comprometiendo, ante la Sociedad toda, a que el Registro sea auténticamente veraz, a que nunca publique algo distinto de lo que la situación jurídica es en la realidad. A que el Registro se halle en concordancia con ella.

Si la concordancia falta, el desacuerdo puede ser la causa o la ocasión para que los efectos de aquella protección se vuelvan en contra de quien originó el desacuerdo y le acarreen perjuicios. Se evitan haciendo que el Registro esté concorde con la realidad.

Es esta una materia que creemos esencial y que no se suele estudiar con el detenimiento que merece. Nuestra misión aquí es tan sólo la búsqueda de alguna orientación.

Lo intentaremos examinando las ideas de concordancia y desacuerdo, la tensión que entre ellas existe, el modo en que se desarrolla el tránsito de una a otra, cuáles son las causas del desacuerdo y los peligros que el mismo origina y cuál el remedio para restaurar la concordancia.

a) *La idea de concordancia. Su antónimo.*

Al crearse el Registro de la Propiedad se le puede dar la función de integrarse en la creación o modificación misma de las situaciones jurídicas, de modo que éstas no tengan existencia ni valor en Derecho, sino al ingresar en el Registro. Suele decirse en tal caso que tal Registro es de inscripción constitutiva. Cuando eso sucediere, en rigor, ya no se podría hablar de concordancia del Registro con la realidad, pues no hay más realidad que la que el Registro publica.

Pero el sistema español es un sistema espiritualista y de libertad, de los llamados de inscripción declarativa, es decir, que la situación jurídica sólo llega al Registro al nacer de un título o cuando en éste se la altera o modifica, si así lo piden quienes están legitimados para hacerlo. En él,

la inscripción constitutiva es excepcional, caso de la hipoteca, pero incluso este supuesto es negado por algunos autores (9) que hallan otra explicación.

Quienes consideran que la inscripción de la hipoteca es constitutiva en el sentido de que no nace sino cuando queda registrada, lo consideran motivado por la circunstancia de que el derecho real de hipoteca carece de la exteriorización o publicación que la posesión lleva consigo.

La consecuencia es que en nuestro sistema lo que muestra la realidad puede no coincidir con lo publicado en el Registro. *Si se da coincidencia plena entre la situación real y la registrada, se habla de concordancia, y cuando falta, en todo o en parte, surge el desacuerdo.*

Damos preferencia a la voz desacuerdo sobre el término “inexactitud registral”, que la ley emplea inadecuadamente en nuestra opinión. Y no parece que ello sea irrespetuoso cuando la propia ley, al definir la llamada inexactitud, se ve obligada a referirse al desacuerdo.

Es muy acusado el descuido terminológico de la LH en esta materia, y así lo revela la simple lectura de los artículos 39, 40 y 198. Por lo que atañe a este último, la concordancia de que habla parece restringirla a los tres supuestos que indica, que son tres procedimientos especiales dirigidos a la creación de ciertos títulos extraordinarios. La Ley, de este modo, parece desconocer que *todo asiento registral* pretende, y está llamado a lograr, la concordancia entre el Registro y la realidad, según se verá pronto.

Ahora bien, acabamos de ver que, por razones de política legislativa, el ordenamiento concede a los asientos del Registro, por encima de su función de publicidad, un valor legitimador y los considera veraces, salvo que se demuestre otra cosa.

Es obligado entender que el Registro tendrá que justificar la presunción y ser, efectivamente, veraz, reflejando con fidelidad en sus asientos lo que existe fuera de ellos en orden a la situación jurídica de la finca. Pero, dado que tales asientos no se pueden practicar de oficio, sino sólo a instancia de parte interesada, nace la que nos atrevemos a calificar de

b) Tensión entre concordancia y desacuerdo.

Se podría precisar que, en rigor, la tensión se da entre la presunción de concordancia o veracidad que crea la legitimación registral y el des-

(9) Muy recientemente, José Ángel MARTÍNEZ SANCHIZ, en su conferencia “Sobre el título inscrito”, citada en la anterior nota 2, se expresa así: “Ni siquiera en el caso de la hipoteca, la inscripción es constitutiva ya que su función es otra, la propia de una *conditio iuris* de eficacia”.

acuerdo efectivo que la prueba en contrario de tal presunción puede poner de manifiesto.

Aunque al hablar de la presunción de veracidad ya se insinuó que el Registro responde “generalmente” a la realidad, es obligado reconocer que el desacuerdo no sólo es posible en nuestro sistema, sino que es conatural a él, y casi inevitable de hecho, en fuerte contraste con las presunciones estudiadas.

Esa tensión tiene una importancia tal que no nos engañaríamos al pensar que toda la mecánica del Registro y la organización del complejo sistema que crea se han concebido y se establecen en función de la obsesiva idea de evitar el desacuerdo, y de que, si ha nacido, concluya y se restablezca la concordancia deseada.

Y de este modo, la idea de corregir el desacuerdo en que haya incurrido el Registro y hacerlo concordante con la realidad, va a centrar toda la problemática de la institución.

Puede servir de ayuda para comprender su alcance lo que se dirá a continuación, aunque sea con brevedad, sobre las causas u origen del desacuerdo y los peligros que encierra.

c) *Las causas del desacuerdo y sus peligros.*

Las causas del desacuerdo son de tres clases.

En la *primera*, aunque haya existido un título en cuya virtud resulta un cambio en la situación jurídica, permanecerá sin alteración la situación registrada, si aquel título, idóneo para modificarla, no llega al Registro. Por ejemplo, el poder jurídico del sujeto se traslada a otra persona, se constituye un gravamen o se incoa una acción reivindicatoria sobre la finca, pero si los respectivos títulos no se presentan al Registro, éste no proclamará el cambio sufrido. Lo mismo ocurre si ha fallecido el dueño y titular registral, pero no se ha otorgado el título particional, o bien, se ha otorgado, pero no se presenta en el Registro.

Este desacuerdo, cuando es momentáneo y pasajero, hay que considerarlo normal y sin importancia, pues se debe a los trámites exigidos por el propio documento o el procedimiento registral. Ahora bien, si procede de otras causas y se convierte en permanente o crónico, creará graves y peligrosos inconvenientes.

En la *segunda*, realidad y Registro cambian, pero son dos cambios desiguales entre sí o distintos. El cambio real no es reflejado por el asiento del Registro con la debida fidelidad.

Surge unas veces porque el título que motiva la alteración es erróneo, equivocado, impreciso o ambiguo; en otras proviene de los propios asientos del Registro, en los que no quedó el título debidamente extractado o se padecieron errores o defectos.

Por último, en la *tercera*, cambia el Registro cuando la realidad no ha sufrido variación. Es una causa de desacuerdo que, por su anomalía, sorprende y llama la atención; se le considera indirecta o anormal.

El Registro refleja con fidelidad el cambio que resulta del título, por ejemplo de una escritura, pero ésta resulta falsa en su totalidad o ha sido falseada con sustitución de folios o enmiendas ilegítimas, por la suplantación de otorgantes u otro tipo de ilicitud criminal. Por razones mucho menos aparatosas, puramente civiles, puede llegar también a ser declarada nula o ineficaz una escritura, Y ese título, aparente tan sólo, ha podido superar el rigor del procedimiento registral y causado un asiento en desacuerdo con la realidad.

No ha habido una *propia* modificación de la realidad, sino únicamente, una apariencia de ella, pero es esta apariencia la que el asiento registral publica.

Los peligros del desacuerdo son incontables, por lo que parece preferible citar los casos más graves, que son los relativos al sujeto de la situación jurídica.

El desacuerdo más frecuente surge al continuar figurando en el Registro como titular quien ya no es el verdadero dueño. Por lo común es la consecuencia de que quien era dueño en el Registro, en concordancia con la realidad, ha dispuesto de su dominio, pero el adquirente no pide que tal título se registre a su favor. Y así, quien dispuso y no es dueño, sigue publicándose titular registral.

Nacido el desacuerdo, es muy ilustrativo contemplar las eventualidades que pueden surgir ante un nuevo acto dispositivo, el que proceda, alternativamente, de un sujeto o de otro, dueño o titular registral, a los que suponemos diferenciados por hipótesis. Serán las dos caras de un mismo supuesto de desacuerdo según quien aparezca como otorgante de aquel acto dispositivo.

— *Si dispone el adquirente, ese dueño civil que ha omitido registrar su adquisición*, y cuya pasividad origina el desacuerdo, el otorgamiento de tal acto dispositivo, podrá ser válido y eficaz en Derecho, sin duda, pero no gozará de acceso al Registro. Por el hecho de no ser titular registral quien dispone, el registrador tendrá que rechazar el título y suspenderá la práctica del asiento, pues el tracto sucesivo no puede cumplirse.

Por supuesto, cesará el obstáculo y se registrará la nueva adquisición a favor del comprador, tan pronto el que vendió haya registrado el título de su propia adquisición.

Pero el comprador que, al otorgarse la escritura, omitió exigir a su transmitente que acreditase su calidad de titular registral podrá ahora

verse sorprendido con alguna carga no prevista. O, incluso algo peor, según se verá a continuación.

— *Y si quien dispone es el titular registral*, ya que continúa figurando con tal carácter por la pasividad de su adquirente, el otorgamiento de tal acto de disposición podrá ser registrado, pues hay legitimidad formal para ello y se respeta el tracto sucesivo, mientras no se pruebe su ilicitud e ineficacia. Y, al margen de las acciones que al verdadero dueño correspondan, el adquirente del titular registral puede ser mantenido como tal una vez haya inscrito su título, si se han dado los requisitos exigidos.

Junto a estos casos de desacuerdo, por cambio de sujeto, debidos a un negocio jurídico, hay otros, ya aludidos, en los que la voluntad del titular no actúa, y su causa inicial es un puro hecho jurídico, caso de su muerte. Y, en ocasiones, el cambio aparece sin, o contra, la voluntad propia del sujeto, y esa voluntad ha de ser suplida por la autoridad judicial y ser ordenada en la sentencia que da fin a un litigio, o por decisión administrativa en un procedimiento. Son ejemplos la ejecución forzosa, la revocación de la propiedad, la venta forzosa de solares, la acción revocatoria, la expropiación forzosa, etc.

d) *El asiento registral que restaura la concordancia.*

El asiento de inmatriculación que instala en el Registro una determinada situación jurídica establece la concordancia inicial. De ella se cae en el desacuerdo de un modo instantáneo por el solo otorgamiento de un título que la modifique.

El tránsito desde ese desacuerdo hasta la restauración de la concordancia es, por el contrario, largo y laborioso, ya que se hace necesario promover un nuevo asiento registral que corrija el desacuerdo y reinstaure la concordancia. Y ello suele requerir el otorgamiento de un título, iniciar el procedimiento registral y someter aquel título a la calificación del registrador, que comprobará si es idóneo para causar el asiento corrector que pretende. Practicado el asiento queda reconocida la idoneidad del título para causar el cambio y éste es proclamado por el Registro.

La calificación favorable o nota de despacho que suscribe el registrador es la llave que abre la puerta para el tránsito desde el desacuerdo a la concordancia y ésta queda restaurada. El tipo de asiento que lo proclama varía según el tipo de desacuerdo que se corrija.

Sólo a título de ejemplo: si el desacuerdo procede de que, en su día, se omitiera registrar la constitución de un usufructo, la concordancia se logra publicándola en un asiento de inscripción. Y el desacuerdo que resulta de seguir publicándose un derecho ya extinguido, se corrige con la práctica del asiento de cancelación.

Ya se vio que, al presentarse la demanda que pretende la nulidad de un título, se amenaza la estabilidad de la situación registrada creada por aquél. Si se la reconoce judicialmente nace un cambio impropio y el desacuerdo se corrige publicando tal amenaza en una anotación preventiva, el asiento idóneo, por su duración limitada, para publicar modificaciones eventuales.

En resumen: siempre y en todo caso la concordancia se restablece practicando el asiento que corrige el desacuerdo.

Y si, como tantas veces hemos repetido, la Ley presume que lo que el Registro publica es veraz e íntegro, *en el momento en que el Registro llega a la plena concordancia con la realidad*, aparte de que se le presuma veraz, lo que ocurre es que *encarna la verdad, toda la verdad*.

V. Los cambios en la situación registrada

1. Noción provisional del cambio.

Una situación jurídica puede permanecer con una misma estructura y contenido, estáticamente, durante un cierto tiempo, pero no siempre, pues el propio dinamismo de la vida se encarga de imponer sus cambios.

Los sujetos, aparte su condición de predecesores, están sometidos durante su vida a multitud de vicisitudes que alteran y modifican las situaciones jurídicas de que son titulares.

Según se ha visto, como consecuencia de las cautelas legales y de la naturaleza de los medios establecidos al efecto con el carácter de títulos de inmatriculación, cuando una finca llega al Registro queda instalada en él su situación jurídica conforme a ellos, y se ha conseguido la plena concordancia entre el asiento y la realidad.

Pero si la situación jurídica es cambiante por su propia naturaleza, cambiante habrá de ser también su instalación en el Registro, que ha de hacer buena su presunción de veracidad y ser fiel reflejo de la realidad, como lo fue en aquella primera inscripción. Y así, cualquier cambio significativo que la situación sufra exige su correlativa versión registral en el folio de la finca.

Si recordamos cómo está compuesta la situación hay base para pensar que, en principio, la cambiará todo lo que afecte a su composición, integrada según se expuso, por su estructura, su contenido y sus circunstancias de tiempo y lugar. Pero ésta es sólo una noción provisional y preliminar que se ha de perfilar desde varios puntos de vista.

Tal vez el primero a tener en cuenta sea el de su origen o procedencia, pues el cambio no nace por generación espontánea, sino que es resultado de algo que le preexiste y del que procede.

2. El título, causa u origen del cambio.

Si la situación es jurídica y el cambio le afecta habrá de ser jurídico su resultado y deberse a causa de igual naturaleza. Y es el ordenamiento jurídico quien señala los hechos, actos y negocios jurídicos capaces de producir efectos de esa naturaleza.

Pero, a efectos del cambio en la situación registrada, hay que eliminar los hechos, ya que la situación está publicada en un asiento registral en Libros oficiales y para practicar asientos es precisa la voluntad del hombre manifestada por medio de un acto o un negocio jurídico.

Pues bien, *tal acto o negocio, la causa jurídica del cambio, recibe el nombre de título*, procede de la voluntad de un sujeto de derecho que es su autor y que ha de ser consciente, libre y declarada o exteriorizada para que pueda ser conocida. Es lógico pensar que el autor de tal declaración de voluntad en el título sea el propio sujeto de la situación, sólo o en colaboración con otros sujetos. Y así es por regla general: la voluntad expresada en el título emana de quien es elemento personal de la estructura de la propia situación que se modifica y cambia.

No obstante, pronto se observa que hay títulos que pueden causar cambios en la situación jurídica y que han sido otorgados por sujetos que son ajenos a la estructura de dicha situación. Veamos algunos ejemplos que, por su sencillez, permiten delimitar los tres tipos mencionados.

Extinguido un derecho real de hipoteca al otorgarse el título que contiene esa voluntad del acreedor a consecuencia, por ejemplo, de haber recibido el pago del principal del crédito garantizado, el cambio queda reflejado en el Registro mediante la práctica de un asiento de cancelación que ha de ser fiel reflejo de aquel título debido a la exclusiva voluntad del acreedor hipotecario, sujeto activo en esta situación jurídica secundaria.

La cesión de un crédito hipotecario, por el contrario, es un cambio nacido de un título que exige la doble voluntad, concorde la del titular registral cedente y la del cesionario, que adquiere y es nuevo titular y sujeto activo de la situación.

El título causante de tal cesión podría ser impugnado por un acreedor del cedente que, con alegación de que la cesión ha sido otorgada en fraude de su derecho, ejerza ante los Tribunales una acción rescisoria. Acreditado y reconocido su título, tras ciertos trámites, puede conseguir que la impugnación quede publicada en un asiento registral, que causa un cambio especial originado por la sola voluntad del acreedor del cedente, persona ajena por completo a la situación.

De ordinario, cuando el cambio de la situación se debe a un título que expresa y documenta la voluntad de una persona que es ajena a su estruc-

tura, suele necesitar el refrendo de un acto de la autoridad, judicial o administrativa.

Una lectura precipitada del número 1 del artículo 42 LH podría hacer creer que el demandante de la propiedad de un inmueble inmatriculado obtiene la anotación preventiva de su demanda, por su propia voluntad, sin más. La realidad es otra: es la autoridad judicial la que, en su caso, decreta la práctica del asiento, y debe entenderse que tal decisión es, o implica, la aceptación de que la demanda está fundada en un título idóneo y tiene, a estos efectos, justificación bastante.

3. Clases de cambio.

La estructura, contenido y circunstancias de espacio y tiempo de la situación registrada son, en efecto, confirmando la idea inicial, la materia u objeto de todo cambio que afecte a la situación.

Pero el tipo de afección no es siempre el mismo. Por regla general, el cambio produce sus efectos de inmediato, pero hay casos en que el ordenamiento jurídico establece un trato similar para unos actos o negocios que tan sólo anuncian o advierten que dicho cambio se va a producir, o podrá producirse, en el futuro.

Un sencillo ejemplo le da explicación bastante. En el Registro de la Propiedad se admite la práctica de un asiento de anotación preventiva para publicar que existe un título en cuya virtud se pretende, por vía judicial, la declaración de nulidad de un título de dominio que está registrado y la del asiento que causó. Decretada tal anotación, queda anunciada la amenaza sobre la situación registrada, porque la Ley entiende que ya ese simple anuncio de una mutación futura e incierta debe ser publicado a causa de que, en sí mismo y de modo actual, tiene ya una relevancia que le equipara con el cambio anunciado y debe ser publicado para conocimiento de terceros.

Y es que hay dos distintas clases de cambios:

a) Unos, los *cambios propios o naturales*, que alteran la situación jurídica de modo actual y mudan los elementos de su estructura, contenido de poder o circunstancias. Suelen ser la consecuencia propia del ejercicio de los derechos reales y nacen de la voluntad del titular de la situación.

El de mayor importancia y frecuencia sobreviene por el reemplazo de la persona titular del poder jurídico registrado, por la transmisión de éste, el dueño o el acreedor hipotecario, en virtud de un acto de disposición del derecho. Lo mismo sucede en caso de sucesión hereditaria. Cambia también el ámbito de poder si aparece un nuevo sujeto activo por crearse un derecho real limitado, caso del usufructo, una servidumbre o una hipote-

ca. Estos cambios constan en asientos de inscripción, pero si hay extinción de tales derechos, el asiento es de cancelación.

Aunque estos cambios propios pueden, en ciertos casos, implicar cierta merma del valor económico de la situación, sin embargo, no alteran, por regla general, su carácter natural y estable.

b) Otros, *cambios impropios o perturbadores*, afectan a la situación de modo global y durante cierto tiempo, alterando su natural estabilidad y la convierten en enfermiza o claudicante.

Son cambios de variado origen. Aparecen con frecuencia mayor por alteración de las circunstancias de espacio o tiempo en que se halla la situación registrada, aunque no haya habido mutación actual alguna en su estructura o en su contenido. Pero también pueden darse en estos últimos.

Es lo que ocurre cuando se inscribe una compraventa sometida a una condición suspensiva; en rigor no ha habido un cambio del titular actual, pues sigue siéndolo, al menos de momento, el mismo que ya lo era, es decir, el vendedor, por lo que la estructura actual de la situación no sufre variación.

Pero esa mutación ha consistido en que, al haberse creado por obra del título una concausa de eficacia del contrato, el cambio puede nacer en el futuro y, mientras se produce o no, con la constancia de la doble titularidad que nace de la condición *pendente*, la situación registrada ha quedado alterada *en su estabilidad*. Y, entendiéndose nacido un cambio impropio, el Registro lo publica porque lo exige así el cumplimiento de los fines que le fueron encomendados.

En ocasiones, el cambio impropio proviene de que se ha puesto de relieve que, en el título que causó el asiento registral, existieron anteriores vicios o defecto que afectan al titular de la situación y que, aún sin proceder de su voluntad, pueden modificar y hasta extinguir el poder que ostenta. La amenaza de un futuro cambio es, por sí misma y de modo actual, un cambio impropio que perturba la situación y la hace inestable.

La amenaza puede referirse a la existencia misma de la situación registrada, si la acusa de proceder de un título nulo, anulable o rescindible, o ceñirse a una simple limitación o restricción si lo que se pretende es el reconocimiento de la existencia de una carga o se trata de una hipoteca o de un usufructo que fueron indebidamente cancelados.

El calificativo “perturbadores” puede quedar acuñado, pues, para los cambios cuyo efecto caracterizador y típico es el de romper la normalidad, quietud o sosiego de la situación. Al quedar registrado lo publicará así a los terceros.

Por todo ello, la noción preliminar y provisional ha tenido dos importantes variaciones:

— Que el acto o negocio causantes del cambio proceden por lo común de la voluntad de su sujeto activo, pero que también hay mutaciones debidas a otras voluntades que, en ocasiones, pueden incluso ser contradictorias con la de aquel sujeto.

— Y, en cuanto al cambio en sí mismo, que no es siempre una mutación actual y consumada en la estructura, contenido o circunstancias de espacio y tiempo de la situación registrada, sino que puede consistir en una alteración futura, que puede ser cierta, pero también eventual, cuyos efectos conviene anticipar.

4. Eficacia del cambio registrable.

Pero no todo cambio de los que hemos visto implica, sólo y sin más, un cambio registral. Antes, y de modo incidental, se le ha aplicado el término “significativo”; pues bien, para serlo ante el Registro, la ley ha de otorgarle una cierta relevancia que le habilite a tal fin.

El cambio es relevante por razón del tipo de eficacia que tiene atribuida legalmente. Si afecta a personas que son ajenas a la estructura de la situación, se dice que goza de eficacia real y, en este caso, puede y debe quedar reflejada en el Registro.

Quien otorga el título por el cual avala el pago de un crédito de otro compromete su propio patrimonio personal, pero con ello no actúa con eficacia en una situación registrada concreta ni la altera. Por el contrario, si lo otorgado es una escritura por la que constituye hipoteca sobre una finca de su propiedad, la situación registrada sufrirá un cambio relevante.

Así pues, el cambio en una situación jurídica es relevante y adquiere registrabilidad, cuando el título que lo origina es capaz de conectar a su autor con la finca objeto de la situación registrada y respecto de personas ajenas a su estructura, los que llamamos terceros, y aquella conexión es la eficacia real.

Y así, atendido el modo en que surge tal conexión, habría tres clases de eficacia real o, si se quiere, tres causas de las que resulta la registrabilidad del cambio.

Primera. El acto, por su naturaleza, está ya conectado *ab initio* con el titular de la situación registrada y con terceros y, al llegar al Registro, se publica en él mediante un asiento de inscripción.

Ejemplos de esta eficacia real nacida de la naturaleza misma del acto, son la constitución, modificación o extinción de derechos reales. El acto dispositivo del titular que constituye la hipoteca desgaja del suyo un nuevo poder, típico derecho real en cosa ajena, y lo transfiere a otra persona que es su sujeto activo. El cambio que origina es registrable porque el derecho cedido afecta por naturaleza a los terceros.

No obstante, hay casos, piénsese en el legado de finca determinada propia del testador, cuya eficacia real puede estar en posible conflicto con otros interesados en la misma sucesión, caso de los legitimarios, y ha de someterse a una especie de depuración que fijará sus precisos límites. Mientras ésta no se realice, y por ende de modo temporal, el acto queda registrado, pero destacando su pasajera indefinición, mediante un asiento distinto, el de anotación preventiva, típico para la publicación de situaciones inestables.

Segunda. El acto se conecta con una finca a través de un acto de su titular, pero la eficacia real no le viene dada por su naturaleza propia, sino tan sólo porque así lo dispuso la Ley, para permitirle afectar a terceros. Y así tiene eficacia real y el Registro lo publica también mediante un asiento de inscripción.

Por razones de política legislativa, se estima justo que tengan eficacia real y sean registrables ciertos arrendamientos de fincas y su constitución se inscribe. También el derecho de retorno arrendaticio se hace oponible a terceros durante un cierto tiempo y se registra con un asiento de nota marginal que tiene una vigencia de cinco años improrrogables.

Tercera. Hay actos que, en principio, afectan sólo a la persona en cuanto es titular de su patrimonio, pero a los que la Ley permite acceder al Registro si se documenta que se halla en conexión con una finca inmatriculada y con su titular, una vez cumplidos los requisitos establecidos al efecto. Registrados tales actos, de ordinario mediante un asiento de anotación preventiva, el cambio en la situación registrada adquirirá eficacia real y afectará a toda persona que entre, a su vez, en relación con ella.

El patrimonio de una persona es el telón sobre el que se proyecta la responsabilidad del sujeto, pues va a responder, según el artículo 1.911 del Código Civil, del (in)cumplimiento de *sus obligaciones*, con todos sus bienes presentes y futuros... y hasta con los que tuvo en el pasado, que es lo que ocurre en la rescisión por fraude de acreedores, en la acción Pauliana.

Si sobre ese telón de fondo se empiezan a delinear ciertos rasgos que apuntan a la misma persona por ser titular, dentro de él, de la situación jurídica de una finca concreta, es posible que, por conexión con ella, a la citada responsabilidad patrimonial se le añada la singular responsabilidad de la finca, aunque sólo sea de modo temporal, que es lo que sucede con el embargo preventivo cuando accede al Registro. Una nueva cara de la eficacia real.

Este proceso evolutivo que, en definitiva, lleva desde la responsabilidad personal a la real, se desarrolla de ordinario en virtud de un acto de elección del titular del poder, que exige el refrendo de la autoridad judicial. Decretado el embargo antes aludido, el cambio es relevante por convertir a la finca en centro de responsabilidad y afectar a terceros. Este cambio, una vez logre la calificación registral favorable, tiene su versión registral en un asiento de duración limitada, la anotación preventiva.

Dijimos que hay una elección de finca por el titular del poder. El demandante de daños y perjuicios, que solicita en el proceso la práctica de una anotación preventiva, ha señalado una o más fincas a tal fin. Lo mismo puede decirse, caso de una donación, cuando el donante decide revocarla por ingratitud o por superveniencia o supervivencia de hijos. La conexión se produce cuando el donante señala los bienes y el juez ordena la práctica de la anotación.

Resumiendo, la idea de la eficacia real es el elemento central de nuestro sistema, pero ha de ser acogida con una gran flexibilidad, huyendo de esquemas de tipo rígido e inmutable, ya que puede nacer de la naturaleza del acto, pero también de otras causas, por pura declaración legal, si lo exigen imperativos de justicia o de seguridad, protección de intereses en peligro, o es reclamado por las necesidades sociales y en aras del bien común, etc. En resumen: compete al ordenamiento jurídico determinar las razones y los factores de registrabilidad del título creador de cambios en las situaciones registradas.

Fruto de lo expuesto podría ser el intento de definir el cambio registrable diciendo que es el resultado de toda modificación producida por un título, ya sea actual, futura o eventual, proceda o no de la voluntad de su titular, que afecta a la situación registrada en su estructura, en su contenido o en sus circunstancias de espacio y tiempo, siempre que, conforme a la Ley, tenga eficacia real y sus efectos puedan alcanzar a terceros.

No parece ocioso señalar que si los *cambios registrables* no llegaran a registrarse, aparte de que crean un desacuerdo con la realidad, se enervan los títulos que les dieron vida, debilitados por su ausencia del Registro y su inoponibilidad consiguiente. Es una simple consecuencia de las normas legales que regulan los efectos de los asientos del Registro.

5. El asiento registral que refleja el cambio.

Por supuesto, para que el cambio afecte a la situación registrada es preciso que el título que lo originó se someta al procedimiento registral y obtenga la calificación favorable del registrador. Sólo entonces, y en vir-

tud de la nota de despacho de éste, se practicará en el folio de la finca afectada el asiento que publique el cambio.

Pero, según la clase de cambio que haya de registrarse, en los Libros de Fincas (de Incripciones según la terminología legal) se practican diversos tipos de asientos. En la aplicación de un asiento u otro tiene notable importancia la naturaleza del cambio, si es positivo o negativo, y si es permanente o pasajero, de modo especial.

El asiento de inscripción, el de mayor importancia y el más frecuente en los Libros de fincas, es de duración indefinida, y con él se publica la situación dominical de la finca cuando se inmatricula y, en general, todo cambio nacido de la voluntad del sujeto; es permanente, positivo y, aunque existen excepciones, nacido del ejercicio de derechos reales.

El asiento de cancelación refleja cambios permanentes y tiene duración indefinida. Su campo de acción es la extinción de los poderes jurídicos registrados o la extinción o pérdida de eficacia de otros asientos, por lo que se le califica de negativo. No cabe que se recojan en él situaciones condicionales.

La nota marginal es un asiento accesorio cuyo cometido específico es facilitar la mecánica registral y coordinar entre sí otros asientos. Pero hay casos en que cambios que deberían dar lugar a asientos de inscripción o de cancelación, se registran por medio de nota marginal, en función supletoria de aquéllos.

La anotación preventiva es un tipo de asiento que tiene importancia capital en nuestro sistema, y es la versión registral de los que hemos llamado cambios impropios, y que son también paulatinos, potenciales o eventuales. En perfecta adecuación a los caracteres de éstos, es un asiento que permite el acceso al Registro a ciertos poderes jurídicos que adquieren eficacia real durante un período temporal. Por todo ello es, en esencia, provisional, de duración limitada y reviste un cierto carácter cautelar. Y está sujeto a *numerus clausus*, ya que tan sólo es posible en los casos previstos en la Ley en sentido estricto.

El aludido carácter cautelar adquiere gran importancia cuando, al publicar la vertencia de un procedimiento judicial, permite que la sentencia que en su día se dicte “pueda ser cumplida en sus propios términos,” según ya indicaba la Exposición de Motivos de la Ley de 1861.

6. Efectos del cambio registrado.

Cuando el título presentado logra calificación favorable en el procedimiento registral, y se dicta por el registrador la nota de despacho, el cambio se registra por medio de alguno de los asientos que se acaba de ver y produce los siguientes efectos:

1.º La concordancia entre el Registro y la realidad. Se ha superado el desfase normal entre el nacimiento del cambio y el de su expresión registral, así como el que procede de cualquier otra causa. El Registro publica la verdadera situación y viene a decir que no sólo goza de la presunción de veracidad, sino que la merece.

2.º El poder jurídico que dio lugar al cambio aparece ya publicado en el asiento registral y muestra su eficacia capaz de alcanzar a terceros.

La expresión registral de ese poder tiene un interés muy especial cuando produce un cambio que convierte en inestable a la situación porque, al registrarse el cambio mediante el asiento de la anotación preventiva, el poder que se anota, de muy escasa eficacia antes, obtiene el público reconocimiento de su existencia y una eficacia reforzada que alcanza a los terceros.

Todo ello es de gran importancia a nuestro parecer, en contraste con la escasa atención que los hipotecaristas le suelen dedicar.

En efecto, la mayor parte de la doctrina se pronuncia en el sentido de que, durante la vigencia de la anotación preventiva, se enerva o se suspende la fe pública del Registro. En el mismo sentido, otros autores emplean la frase de que lo que con ella se logra es “desvirtuar, recortar o disminuir los efectos de la fe pública registral”.

Con todos los respetos, esta idea, en su literalidad, nos parece desenfocada por completo, aparte la relación que pueda o no tener la anotación preventiva con la fe pública registral.

Confundir la publicación, en sí, de un poder jurídico y sus efectos, con su repercusión sobre la eficacia de los títulos de otros, equivale a decir que la importancia de que se inscriba el derecho del usufructuario no está en que se publique y se logre concordar Registro y realidad..., sino en la circunstancia de que, por el hecho de estar registrado y conforme al artículo 32 LH, ya no le serán oponibles el dominio o los derechos reales que no se registraron.

Por supuesto que esto es así. Pero ello nunca constituirá el efecto esencial o primordial de la inscripción del usufructo. Pese a su importancia innegable, su rango es secundario, muy inferior al específico de la inscripción en sí misma, con la publicación de su existencia y efectos.

Y si nadie proclama que “el” efecto de la inscripción del usufructo es quedar protegido por el artículo 32 frente a títulos no registrados, ¿por qué se dice que “el” efecto (al parecer único) de la anotación preventiva es enervar la fe pública registral del artículo 34?

Nos parece absolutamente claro que el efecto esencial de la anotación preventiva es que ese poder jurídico haya llegado al Registro y quede reflejado en la situación registrada mediante un asiento concreto para que

lo publicado esté en concordancia con la realidad. Por supuesto, la publicación es temporal, típica del asiento en que se expresa, pero con él y durante su vigencia, aquel poder queda publicado y afecta a terceros por sí mismo, al margen de cualquier relación con la fe pública registral.

Y, a pesar de la distinta terminología que emplea, en este mismo sentido se pronuncia la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de abril del 2002, a que ya antes se ha hecho referencia. Solicitada una anotación preventiva que el registrador “no practica”, se estima el recurso y se declara “la evidente utilidad de la constatación registral de que una inscripción de dominio está en entredicho por cuanto una sentencia no firme ha declarado nulo el título que la motivó y ordena su cancelación”. Y concluye que “lo relevante será la publicación tabular de la específica situación en que se encuentra la titularidad dominical inscrita”.

VI. Aspectos básicos de la publicidad registral

Parece claro que cuando algo se publica es para divulgarlo, a fin de que pueda ser conocido por un sector de la sociedad, de ordinario consumidores o usuarios, al que se desea hacer llegar “ese algo”, un cierto contenido.

Con tal publicación se quiere lograr un propósito, que será unas veces comercial, cultural otras, o político, científico, religioso, artístico, etc.

Y así ocurre con la publicación institucionalizada que desarrolla un Organismo oficial de la naturaleza del Registro de la Propiedad, y esos tres aspectos esenciales, destinatario, contenido y fines han de ser estudiados en su individualidad, pero teniendo presentes a los otros dos, porque entre ellos no sólo existe interrelación o conexión, sino que están íntimamente implicados entre sí. Una vez que cada uno haya sido estudiado, es preciso reconsiderar cada resultado a través de un examen de conjunto.

En materia de publicidad registral hay que tener muy en cuenta, además, que en dos de aquellas materias, contenido y destinatario, hay unos particulares intereses en juego cuya legitimidad reconoce el ordenamiento que les brinda protección, pero teniendo muy presente que tal protección está creando el sustrato necesario para conseguir el bien común y el logro de los fines que el Registro de la Propiedad tiene encomendados.

1. El contenido de lo que se publica.

El contenido de la publicidad registral es, desde luego y en su conjunto, la situación jurídica de la finca inmatriculada, con todos los elementos

que la integran, tal como aquélla en su totalidad y cada uno de éstos en particular, resultan de sus respectivos títulos y de los asientos que los extractan.

Es decir, y conforme a tales títulos: la finca, en su doble condición de objeto de la relación y de unidad registral, con sus datos físicos conformes con los que figuren en el Catastro; todos y cada uno de los poderes que recaen sobre ella y sus titulares: propietario, usufructuario, enfiteuta, acreedor hipotecario, titular de servidumbre, etc. Y, por supuesto, cualquier otro poder jurídico que incida sobre la situación y cuyos efectos tengan eficacia real, idóneos por ende, para que puedan constar en un asiento del Registro.

Si, por principio, toda publicidad ha de ser veraz en su contenido, la de un organismo de la Administración Pública, caso del Registro, debe esforzarse en encarnar la verdad misma, de cuya presunción, además, se le ha hecho depositario. Inicialmente, se encomienda la fijación de ese contenido a los titulares, actuales o eventuales, de los poderes jurídicos de la situación registrada una vez depurados con rigor en el procedimiento registral.

Y, depurando esos títulos, va a ser la calificación registral la encargada de cohonestar el contenido de lo que se va a publicar y los intereses de que nacen con los de quienes hayan de ser sus destinatarios, con los generales de la comunidad y los fines a que la publicación tiende.

En efecto, el contenido de lo publicado ha de ser completo y veraz, para informar sobre las situaciones tal cual son en la realidad. Y, aunque de ordinario suelen ser estables o permanentes, nacidas de derechos reales, nadie puede negar que también existen en la realidad, al menos durante algún tiempo, otras situaciones carentes de tal estabilidad.

Y el Registro acoge también a los títulos de que estas últimas proceden, si bien de diferente modo, mediante un asiento distinto y con efectos diversos. Y en el contenido de lo publicado se halla el derecho o poder jurídico determinante de la inestabilidad, que está atribuido a otras personas cuyos intereses son también dignos de protección.

Es el poder jurídico de quien incoa el oportuno proceso para presentar una acción reivindicatoria o una demanda de nulidad del título inscrito, o consigue que su derecho de crédito adquiera su cobertura registral si el juez ordena el embargo de una finca registrada.

Hay que admitir con sencillez que el Registro publica poderes jurídicos que no son derechos reales. Es difícil de explicar la negativa, lo mismo en el aspecto teórico que en el práctico, ya que supone cerrar los ojos ante un claro reconocimiento en la legislación, y ante la abierta y paladina contradicción con la experiencia cotidiana de cualquier oficina registral.

Acaso pueda causar extrañeza, pero en este tema del contenido de la publicidad registral debe hacerse una referencia al paradigmático artículo 34 LH, ya citado al contemplar el tipo de inoponibilidad que crea.

Visto en la limitada perspectiva en que ahora nos interesa, el artículo 34 presupone que *pueden constar* en el Registro las causas de nulidad o resolución que afecten a la adquisición del titular registral que enajena más tarde a favor del tercero que inscribe a su vez.

Por lo que se refiere a las primeras, las de nulidad, y aparte las marginales que atañen a los propios asientos del Registro, son las causas de la ineficacia inicial de los negocios jurídicos, es decir, las derivadas de vicios en la constitución del título adquisitivo, al margen de lo que es la sustancia de los derechos reales.

Estos vicios, de ordinario, no pueden detectarse o ser descubiertos en el procedimiento registral y así se explica que los títulos en que se produjeron hayan podido obtener calificación favorable y causar el asiento en que publica el título y su contenido. Sólo más tarde se descubrirá la presumible existencia del vicio, al ser decretada por el juez la práctica de la anotación preventiva que publique la causa de ineficacia a que el artículo 34 se refiere.

En cuanto a las causas de resolución, se pueden referir, en general, a las causas de ineficacia sobrevenida, y entre ellas deben incluirse también las revocatorias o las rescisorias por lesión o fraude. A pesar de su naturaleza personal, GARCÍA Y GARCÍA entiende que, cuando con ellas se persigue un efecto restitutorio, tienen “vocación de derecho real” y se permite su acceso al Registro a través de la anotación preventiva, con lo cual adquieren ya los efectos reales correspondientes a partir de la fecha de dicha anotación.

Las causas posibles de ineficacia sobrevenida son muy numerosas. En cuanto a las “causas de resolución” de que literalmente habla el artículo 34, se ha de pensar en los negocios sometidos a condición suspensiva o resolutoria, las acciones del artículo 1.124, cláusulas resolutorias de la compraventa ex artículo 1.504. Por otro lado, deben añadirse las causas de revocación, caso de las de donaciones por ingratitud, y por superveniencia o supervivencia de hijos, la de revocación por incumplimiento de condiciones del artículo 647, que es en rigor una resolución por incumplimiento de cargas, etc. Y las de rescisión por lesión o por fraude de acreedores que consten en anotación preventiva.

De este modo, también son, pues, contenido de la publicación en el Registro, o si se juzga preferible, “objeto del Registro de la Propiedad”, estas causas en las que se pone de relieve que la situación jurídica es inestable, que está amenazada y, en muchas ocasiones, *sub iudice*.

Vemos, por tanto que, en cuanto a dicho contenido, convergen, por un lado, los intereses de quienes ostentan algún poder jurídico con eficacia real, al margen de su naturaleza y, por otro, el interés común o general de que la situación publicada sea veraz. Y la veracidad alcanza también al carácter estable o inestable de la situación.

Para ello, la concreción del contenido veraz de lo que se publica se consigue mediante la aplicación de un rígido control sobre los documentos, títulos formales en que constan los poderes jurídicos de los interesados en la situación y los de otros también interesados en ella en posible controversia con los anteriores.

En efecto, el Registro está para algo más que para reflejar las situaciones que hemos llamado permanentes o estables, nacidas de los clásicos derechos reales. Y si existe, es con la finalidad de publicar verazmente la situación jurídica, ya sea estable, permanente y segura, ya esté viciada o sea inestable e insegura.

En este primer aspecto hemos visto surgir ya la idea de un fin: la publicidad del contenido sirve al propósito o a la finalidad de que los poderes jurídicos publicados estén reconocidos en su existencia, contenido y eficacia. Con su complejo aparato legal, se propone ser veraz para engendrar confianza.

2. El destinatario de la publicidad.

Acabamos de ver que la situación jurídica que el Registro publica responde a los intereses de los titulares de los poderes que la integran, y que quieren divulgar, darlos a conocer a quienes puedan estar interesados.

La publicación se realiza pensando en alguien que la precise, el destinatario, que es ajeno a la situación misma. Tiene un interés particular y egoísta de obtener información y se le da congrua satisfacción al publicarla y ofrecérsela.

Pero pensar así, con esa amplitud, en los terceros, en los que no son elementos personales de la estructura de la situación, no resulta útil ni es operativo, y por ello es preciso concretar más en la búsqueda de quién es ese destinatario en sentido estricto.

A nuestro parecer es evidente que la publicidad del Registro tiene un *destinatario claro, que es el tercero “que proyecta adquirir”*.

Es la persona que, en la vida real, ha visto un inmueble determinado que, por sus caracteres aparentes, estima adecuado para la satisfacción de sus necesidades y es conveniente a sus intereses, y piensa en la posibilidad de la adquisición de su dominio o de algún derecho real, cualquiera que sea su clase. Para ello necesita estar informado de sus aspectos jurídicos, es decir, de su situación jurídica.

No es frecuente encontrar en los libros referencia a este enfoque y la razón puede estar en que la fuerza casi mítica del artículo 34 de la LH borra o hace olvidar ésta que nos parece primera y elemental función informativa del Registro, al mostrar el contenido de lo que publica.

En efecto, cuando su texto establece que “*será **mantenido** en su adquisición*” el tercero que la haya inscrito, tras cumplir las condiciones que prescribe, lo que en realidad se está haciendo es, cuando ha sobrevenido ya una determinada eventualidad, premiar a quien contrató con quien era el titular registral legitimado para ello, y *ya ha adquirido*.

Pues, como explica PEÑA (10), se trata de una verdadera adquisición y no de un supuesto de irreivindicabilidad, porque el tercero, en verdad, adquiere. Y se produce una adquisición originaria, obra de la ley. Aunque se exige título y modo, es la Ley la que hace operar la adquisición, a pesar de que el transferente no es el dueño.

Por ello, la adquisición se produce *a non domino*, en contra de todo el sistema general civil y del principio *nemo dat quod non habet*.

Pero todo esto ocurre después... y tras un litigio. Estamos ante un “sobreañadido” a favor de quien ya ha adquirido, y no ante la protección normal a favor del tercero que proyecta contratar.

Porque la verdad es que ese tercero nunca hubiera llegado a contratar sobre la finca, ni por ello a adquirirla, sin esa información jurídica que le era necesaria y que el Registro publicaba con todo su significado, sobre todo por su fiabilidad.

Y es que el destinatario de lo que se publica sólo puede ser el que se halla en trance de decidir si adquiere o no, porque, para formar su voluntad, le es necesaria la información que le ofrece la publicidad legitimadora del Registro.

Lo que importa de modo sustancial es la confianza que el Registro ha generado en el destinatario, en cuanto a que se está publicando la verdadera situación jurídica de la finca, lo cual le orienta respecto a la contratación y le da elementos de juicio para el otorgamiento del título adquisitivo. Y tal destinatario es la persona animada por el propósito de adquirir.

A este interés “de quien va a adquirir” se refería PELAYO HORE (11) cuando, recién promulgada la Ley de 1944, afirmaba que “el Registro sólo lo examinan o deben examinarlo los que van a contratar”; es, en efecto, la actitud natural de quien quiere entrar en la situación jurídica en calidad de adquirente.

(10) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. Madrid, 1982, p. 605.

(11) PELAYO HORE, Santiago: “La reforma hipotecaria: artículo 34”, *Revista de Derecho Privado*, marzo 1945, p. 149.

No creemos ocioso aludir a que, por la veracidad misma de lo que publica, el Registro es neutral cuando la información queda formulada. Proclama la situación de la finca tal cual es, en todos los sentidos, incluso en el tantas veces mencionado de su estabilidad. Cumple sus fines con independencia de cuál sea el comportamiento de quien es el destinatario de sus asientos.

En la mayor parte de los casos, el destinatario de la publicidad que ha acudido al Registro y que ha utilizado los medios formales que se ofrecen al peticionario, se va a encontrar con una situación jurídica normal, estable y segura, lo que le llevará, de ordinario, al otorgamiento confiado del título que le convertirá en adquirente. Su interés particular utiliza, y desde luego legítimamente, la confianza que a tal fin se le da y con la seguridad de que, si adquiere, lo hará en firme o, por lo menos, sin otras amenazas que las que del propio Registro publique, pues lo que no aparezca registrado no le puede perjudicar.

Pero también puede ocurrir que ese tercero se encuentre con que recibe del Registro una información reveladora de que es inestable la situación jurídica, a causa, por ejemplo, de que sobre el dominio de la finca pesa la anotación de un embargo preventivo, o de que el derecho del titular se halla amenazado de resolución, o se ha ejercido frente a él una acción de nulidad.

Y, en consecuencia, puede decidir que ya no le interesa contratar y desista de su propósito. Pero también es posible que opte por la contratación y adquiera, tras tomar determinadas precauciones, que podrían ser las de retener una parte del precio de la compraventa para prevenirse frente al embargo, o exigir garantías para el supuesto de que el sujeto que le transmite vea anulado o resuelto el título en cuya virtud logró en su día la adquisición de su derecho.

O, tal vez, en el caso de una situación sujeta a condición resolutoria, puede intentar una solución más imaginativa que consista en una contratación trilateral que implique a ambos titulares, al interino y al preventivo, ya que, aunque los dos sean eventuales, uno de ellos ha de ser el titular definitivo.

En cualquier caso, el destinatario recibe la información que le interesaba con vistas a la posibilidad de contratar, al conocer el contenido de lo que el Registro está publicando.

3. Los fines de la publicación.

Etimológicamente, la palabra fin ha significado término o límite, pero también indica el “para qué” de un operar, el blanco u objetivo que un agente se propone con su obrar, aquello para cuya consecución se actúa.

En cuanto al Derecho, toda figura o institución tiene un sentido o un significado que es la meta a la que tiende o hacia la que se proyecta, trascendente en su ser, e independiente de que en su tendencia tenga o no éxito. En ese aspecto teleológico, la figura o institución responde a la idea de “un para qué”, a una finalidad estricta, a un propósito definido.

Pero ha de advertirse que, como ya indicaron los moralistas, conviene hablar de fines, en plural, pues cabe señalar que, junto al fin último, o al menos relativamente último, existe el fin próximo y los fines intermedios, que se van encadenando de modo que cada uno es medio para lograr un fin superior, y así sucesivamente, hasta aquel fin que no queda ordenado a otro fin, que es el fin último relativamente, porque en su escala no tiene otro superior.

La publicidad registral nace para la consecución escalonada de varias clases de fines:

a) Un fin próximo que consiste en publicar la situación jurídica de las fincas que se inmatriculan en el Registro, con propósito de difusión y divulgación.

b) Varios fines intermedios, dirigidos a que la difusión se haga eficaz con la creación de la publicidad formal; a que la publicación obtenga unos estímulos que la hagan atractiva a quienes han de aportar sus títulos al Registro; a que produzca unos efectos legitimadores una vez dotada de presunciones de veracidad y certeza con tal propósito; a ofrecer a sus posibles destinatarios la confianza en el contenido de lo que se publica, y para que en la misma se pueda apoyar cualquiera que pretenda convertirse en titular de la situación registrada interviniendo en la contratación.

Al estudio y explicación de lo que es este propósito próximo y los intermedios, en su relación de medio/fin ha estado dedicada la mayor parte de lo que se ha expuesto hasta ahora, por lo que no procede volver sobre ello.

En definitiva, al menos a nuestro parecer, son los medios instrumentales para el logro del fin último al que continuación nos referimos.

c) Un fin último, que no es sino el fin institucional del Registro mismo, resumible en la frase de que consiste en proporcionar seguridad jurídica a la contratación civil de las fincas inmatriculadas en él, cuya situación ha sido ya publicada con garantías sobre su certidumbre.

Esta seguridad en la contratación alcanza no sólo a las transmisiones dominicales y sus posibles vicisitudes, sino a toda clase de figuras, con especial aplicación a las que sirven de base a las manifestaciones en materia urbanística y está orientada a la obtención de garantías para el desarrollo y fomento del crédito territorial. Y, en último término, se pretende obtener la paz social y la justicia.

Es cuestión pacífica sobre la que coinciden, en líneas generales, cuantos autores se ocupan de ella. Debe destacarse, no obstante, que la doctrina no se suele referir al tipo de contratación de que se habla. A nuestro parecer es, única y exclusivamente, de la civil, según insinuamos ya en varias ocasiones. Sobre ello se argumentará más adelante.

Este enlace entre los fines de la publicación y los del Registro obliga a fijarse en estos últimos sin perder de vista la interconexión que existe, según ya se vio entre el contenido, el destinatario y los fines de su publicación.

4. Recapitulación.

Aunque sea reiterativo y redundante, veamos ahora desde otro punto de vista lo que se acaba de decir.

I. La situación jurídica se publica, en primer lugar, con el fin de conceder protección a los intereses de quienes son los elementos personales de su estructura. En un primer momento fue un estímulo para adquirir la información que luego se ha de publicar.

Son los titulares de todo poder jurídico que, con eficacia real, integre la situación jurídica de una finca o incida sobre ella, de modo permanente o pasajero. Dicha eficacia puede surgir de la propia naturaleza del poder o le puede ser atribuida por la ley *ex novo*.

Sólo así, y a tal fin, declara títulos registrables a los actos o negocios que han dado vida a tales poderes, para que, al ingresar en el Registro y ser en él publicados con sus efectos correlativos, sean oponibles o perjudiquen a tercero.

Estos poderes jurídicos, al quedar protegidos por la publicación de sus títulos en el Registro, constituyen el contenido de la situación jurídica, los distintos ámbitos de poder que sobre ella existen, en unas determinadas circunstancias de espacio y tiempo debidas a la naturaleza o a la voluntad de las partes, que son capaces de influir notablemente en tal contenido.

Se atribuyen a unos sujetos que son el elemento personal de la estructura de la situación y recaen sobre lo que es el elemento objetivo de la estructura misma, es decir, la finca inmatriculada. Y se publican a causa de que, cuando actúan sobre la finca, producen unos efectos que alcanzan a terceros.

En resumen: con la publicación se da a los poderes jurídicos de que se trata el reconocimiento público de su existencia, con su respectivo alcance, duración y efectos. Junto a la protección de los intereses privados de sus titulares, se recoge y publican los datos y circunstancias relativas al con-

junto de la situación jurídica de la finca inmatriculada y con ello colabora a la seguridad estática de la misma.

Este es el fin concreto de la publicación revestida de especiales garantías civiles y registrales, que la hacen fiable y capaz de engendrar confianza. Será, a su vez, medio para la obtención de otros fines.

II. Conseguida la publicación de la situación jurídica, incluidos los eventuales poderes que puedan incidir sobre ella, la propia publicación experimenta un giro y se orienta ya hacia el conocimiento de cualesquiera personas que no sean las antes mencionadas, las que son ajenas a su estructura, en una palabra, a los terceros que son los destinatarios de la publicación.

El Registro les ofrece, para ello, la llamada publicidad formal con la creación de los medios por lo que se solicita y obtiene tal información.

En este segundo estadio, estas personas ajenas a la situación registrada van a ser los genéricos destinatarios de la información divulgativa que el Registro proporciona y, ya en especial y de modo muy significativo, quienes informados por él y confiados en lo que publica pueden ingresar en la estructura de la situación cuando ésta se presenta a la contratación.

Así pues, el destinatario específico de la publicidad es el eventual otorgante del título registrable por el cual se operará el cambio estructural de la situación y que consiste en la aparición de ese nuevo titular.

En ese título aparece en calidad de otorgante el que adquiere, ese tercero que ha contratado a causa de que lo que el Registro publica le ha inspirado la confianza suficiente y la correlativa seguridad de que su adquisición es en firme o, al menos, sin más amenazas que las resultantes del propio Registro, pues lo que no aparezca registrado no le puede perjudicar.

III. Los fines institucionales que el Registro tiene señalados son, en esencia y según una opinión unánime, la seguridad jurídica, la protección de la contratación sobre los inmuebles, que se suele resumir en la frase "tráfico jurídico" y, a modo de secuela de ambos, el fomento del crédito territorial.

Estos fines responden a la idea germen con la que fue concebido y desarrollado el Registro de la Propiedad. A ellos está ordenado y hacia ellos tiende por ser la meta que pretende conseguir. Su logro exige utilizar todas las medidas que crea conveniente y que articula con carácter instrumental en lo que es el régimen sustantivo y formal de la institución.

Es decir, los medios que a través del fin próximo y los intermedios irán formando los peldaños por los que se ha de llegar al fin superior.

Bien merecen ser examinados separadamente.

VII. Los fines del Registro y su trascendencia

1. Enumeración.

Están generalmente admitidos, y sin discrepancias, según se acaba de ver, los tres siguientes: la seguridad jurídica, la protección de la contratación y el fomento del crédito territorial.

A nuestro parecer, *el Registro de la Propiedad tiene un fin por antonomasia que es la seguridad jurídica preventiva ante la contratación inmobiliaria civil*. El fomento del crédito territorial no es, en rigor, más que una manifestación de la seguridad en el ámbito concreto de los derechos de garantía.

Pero antes de entrar a examinar cada uno de estos fines, acaso convenga hacer unas consideraciones previas atendiendo a la estrecha vinculación que se da entre las ideas de seguridad y de contratación.

Esta circunstancia ha hecho pensar a algunos que la seguridad dinámica adquiere así una relevancia que le hace muy superior a la seguridad estática. Es necesario reconocer que así es en materia de fines, aunque sin llegar a pensar que el Registro es “la ley de terceros”.

Pero reconocerle una cierta prevalencia no debe implicar, en modo alguno, la injusticia de olvidar que esa seguridad dinámica está apoyándose en la confianza que el Registro ha conseguido al dar una amplia y cumplida protección al titular registral mediante la legitimación, y proporcionar seguridad estática a la situación jurídica de la que es sujeto activo, durante los largos períodos en que tal situación permanece en reposo. Y, sobre esta base y la de la confianza que origina, se le da seguridad dinámica en los fugaces momentos en que la situación jurídica se asoma a la contratación y sirve de banco de pruebas para motivar la decisión del tercero que proyecta otorgar el contrato que le convertirá en adquirente.

Se demuestra así, por otra parte, contra lo que con frecuencia suele afirmarse, que la seguridad estática y la dinámica no son inconciliables. No sólo no lo son, sino que, en virtud del enlace mencionado, se complementan de modo recíproco ofreciendo al adquirente que va a ser el nuevo titular una seguridad que se conjuga con la del titular antiguo, pues es de éste de quien ha de proceder el acto transmisivo, causa o título de la adquisición.

Otra cosa es que, en alguna ocasión, puede haber conflicto entre ambas modalidades de seguridad, como veremos.

A) *La seguridad jurídica.*

Aunque queramos hablar en forma aislada de la seguridad jurídica, no es posible desconocer su enlace con la contratación, lo que nos revela que, en rigor, ahora ya nos movemos en el ámbito de la seguridad dinámica.

No se halla es nuestro propósito —ni está a nuestro alcance— entrar en el concepto de la seguridad ni en el de sus relaciones con el de Justicia, ya estudiados ambos con gran rigor y acierto por MEZQUITA DEL CACHO (12), al que es obligado remitirse. Hay que partir de la base de que es jurídica en sentido propio, no sólo económica o de puro contenido indemnizatoria, privada, y preventiva porque aplica medidas cautelares para evitar que la inseguridad pueda producirse.

Para conseguirla, el Registro ha de arrancar de la información, cuyo objetivo inicial es dar conocimiento de algo que antes estaba oculto y resultaba desconocido para la mayoría, publicarlo y ponerlo a disposición de quien tenga interés en ello. Lo que se divulga es el conjunto de la situación registrada, con todas sus circunstancias y datos, conjunto que, por afectarle, debe ser conocido por quien, mediante la contratación, quiera ingresar en calidad de sujeto en esa situación de que se informa.

Para publicar esta información de *pura finalidad divulgativa*, y hacerla posible y útil, el ordenamiento toma medidas de muy variada índole y de finalidades diversas, pero que, en su conjunto, dotarán a esa publicidad de un singular contenido, pues la convierten en una *publicidad legitimadora* con un fin específico, conseguir que, tenidas en cuenta todas las circunstancias, incluido, desde luego, el propio carácter oficial de la Institución que la hace, sea capaz de crear ante la contratación la *confianza* en el eventual adquirente de que el Registro proporciona la *seguridad jurídica privada que evita litigios*.

Podría juzgarse paradójico que la seguridad jurídica preventiva sea la auténtica espina dorsal de la Institución del Registro de la Propiedad, y que, a la vez, se le encomiende la misión de publicar el carácter inestable, de incertidumbre o de inseguridad producido en una situación jurídica registrada.

En realidad no hay tal paradoja, porque se sirve con rigor la finalidad de proteger preventivamente la seguridad jurídica general, cuando el Registro llama la atención sobre la circunstancia de que una determinada situación jurídica normal y estable de una finca ha dejado de serlo. Si existe un título que ha creado tal estado de incertidumbre en la realidad, el Registro debe reflejar ésta dando acceso a aquel título; de este modo cumple específicamente la función y el cometido que le están encomendados.

(12) MEZQUITA DEL CACHO, José L.: *Seguridad jurídica y sistema cautelar*. Bosch, Barcelona, 1989. Dos tomos: 1. Teoría de la seguridad jurídica (398 pp.). 2. Sistema español de Derecho cautelar (547 pp.).

Se trata de situaciones de excepción, tanto más de destacar si se ponen en contraste con la inmensa mayoría de las situaciones jurídicas normales, estables y seguras. Por otra parte, según ya se vio, toda situación inestable nace para subsistir tan sólo durante un plazo normalmente breve, transcurrido el cual ha de quedar reconvertida recuperando su estabilidad.

B) *La protección ante la contratación.*

Como ya se ha dicho, más que un fin específico es una manifestación de la seguridad jurídica o, si quiere, el ámbito más conflictivo y difícil en que la misma se ha de aplicar. Es el ámbito de la seguridad dinámica.

Por supuesto, al hablar de contratación nos referimos a la que conduce al otorgamiento de títulos que llevan a la adquisición, modificación o extinción de toda clase de poderes jurídicos que incidan en la situación registrada y gocen de eficacia real.

Nos parece útil dividir el análisis de esta protección en varios apartados que podrían ser: el momento en que tal protección tiene lugar, cuál es el tipo de contratación que se protege, la especial buena fe que es propia de este tipo de contratación y su relación con el régimen del artículo 34 de la LH.

a) *Momento en que se aplica la protección.*

Conviene poner de relieve que la protección típica se refiere a la contratación *in fieri*, y, más aún, en el momento que precede de modo inmediato a aquel en que la contratación se perfecciona. Ya se vio al tratar del destinatario de la publicidad. Cabría decir que “*ante la contratación*” se protege el interés de aquel que es tercero frente a la situación registrada y pretende convertirse en tercer adquirente, contratando.

Ello no obsta para que también se proteja a la misma contratación ya consumada, en un caso muy particular que es el de la protección del contratante que ya adquirió, el tercero del artículo 34 de la LH, según ya se vio. *Interesa insistir con énfasis en que se trata de una verdadera excepción, de una auténtica anomalía que tiene un tratamiento singular.*

b) *Se protege a la contratación civil.*

Al que pretende ser adquirente en la contratación civil es a quien quería proteger la Ley Hipotecaria de 1861, lo mismo que la hoy vigente.

Es la causa de que, ya en un momento temprano en la redacción de estas notas, hayamos prescindido de la frase de “protección del tráfico inmobiliario”, que lleva de un modo inconsciente a pensar en el tráfico mercan-

til. El legislador de 1861 no pudo pensar, ni imaginar siquiera, la contratación inmobiliaria masiva ni, mucho menos aún, la contratación especulativa. Si el de 1944-46 pudo pensar en ello, es evidente que no hay rastro alguno en la Ley.

Se protege al que quiere adquirir la finca para obtener de ella la satisfacción de unas necesidades primarias que le puede proporcionar por sí misma según su naturaleza y destino. Y en ello radica lo más característico de la contratación civil. Se puede decir que el tráfico civil está al servicio del disfrute directo de las cosas y al de su tenencia permanente.

En síntesis, se pretende la adquisición de la finca rústica, el campo o la huerta, para el cultivo agrario y su disfrute y aprovechamiento; de la finca urbana, edificio o piso, por su habitabilidad o su idoneidad para constituir el propio domicilio o residencia, o para ser la base física del ejercicio de la profesión individual o del negocio familiar o en cuanto temporal y provisoria fuente de frutos civiles que abonará otra persona a la que se permite el goce directo de la finca.

Ese posible contratante es aquella misma persona a la que hemos contemplado antes y que, tras haber visto y examinado una finca que por sus caracteres peculiares consideraba idónea para resolver sus necesidades vitales, no podía saber con quién debía tratar para adquirirla.

Este contratante civil que con tanta perfección retrató Luis FIGA (13) pretende adquirir la finca para aplicarla de modo directo a la satisfacción de necesidades primarias, vivirla, cultivarla o explotarla, de un modo continuado y permanente. Y por ello tiene que examinarla con una diligencia muy especial, ha de pensar mucho y lentamente en la adquisición, ya que, de ordinario, le obliga a endeudarse. A causa de no ser contratante habitual, carece de experiencia y conocimiento en la materia y ello exige que se le ha de procurar un detenido asesoramiento. La ley civil le considera parte débil, en cuanto deudor, y crea el *favor debitoris*, además de protegerle en la continuidad de su misma adquisición para que, en la seguridad estática (gloriosamente estática, expresa FIGA) no pueda ser privado de ella sin su consentimiento, o sea, que toda adquisición por un tercero ha de ser *a domino*. El conjunto se viene a coronar, por ende, con las formas contractuales que la ley exige, que son formas de solemnización.

En esta materia resulta difícil resistir la tentación de verter aquí el pensamiento del propio Luis FIGA cuando dice que gracias a que en nuestro Registro no existe procedimiento que garantice la existencia y realidad física de

(13) FIGA FAURA, Luis: "Invasión del ámbito civil por las normas mercantiles". Conferencia en la Academia Matritense del Notariado en 1986, publicada en Madrid y en sus *Anales*, volumen XXVIII, pp. 176 y ss.

la finca y a la idea de la buena fe, el que contrata sobre bienes inmuebles no contrata sobre papel sellado, sino que un mínimo de diligencia le obliga a pisar la finca y a enterarse acerca de múltiples circunstancias que el Registro ni publica ni garantiza. Y, en resumen, concluye: “De no darse estas dos circunstancias, en nuestro Derecho Hipotecario se contrataría, en estos momentos, sobre las fincas como se contrata sobre los títulos-valores” (14).

c) *La buena fe en la contratación civil.*

La doctrina ha puesto de manifiesto el carácter huidizo de la idea de “buena fe”, pero destacando su sentido intuitivo y su relación y proximidad con las ideas de ética, equidad, honradez y lealtad y su relación con los usos sociales y buenas costumbres.

Con cierta vaguedad cabe decir que es un modo de comportarse en el que se revela el sentido ético de la conducta honrada de un sujeto ante determinado evento.

En la materia que estudiamos ese evento es la posible contratación sobre una finca inmatriculada y, con mayor precisión, en la fase preliminar a la perfección del contrato, ese período durante el cual se concretan los puntos esenciales sobre los que más tarde recaerá el consentimiento contractual.

La idea de buena fe no puede estar muy alejada de la consideración de que se trata de un criterio o norma ética de conducta conforme al cual deben ser contraídas y cumplidas las obligaciones. Se mueve en el ámbito del artículo 1.258 CC, pero con aplicación al período anterior al de la perfección del contrato, es decir, con referencia al período de su gestación, o fase previa de las “relaciones precontractuales”.

Podríamos decir que, así como el artículo 1.258 dispone que el contrato obliga a unas consecuencias no pactadas, pero que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, también la buena fe, la equidad, los usos que la conciencia social impone, deben orientar la conducta de aquellos que están preparando los que son antecedentes del contrato, es decir, los tratos preliminares que van sentando las bases de un futuro consentimiento negocial. No es ajena a esta idea la noción de la *culpa in contrahendo*.

Pues bien, desde el punto de vista del contratante que va a adquirir en la contratación civil inmobiliaria, hay una relación vital entre finca y adquirente, que exige en éste una conducta o comportamiento congruentes. El aseguramiento de que la cosa responde de modo efectivo a las ne-

(14) FIGA FAURA, Luis: “La Ley Hipotecaria de 1861 y la Economía Nacional”. Conferencia en la Academia Matritense del Notariado, 1981, publicada en Madrid y en sus *Anales*, volumen XIV, p. 134.

cesidades del sujeto exige a éste una conducta diligente conforme a los usos que la conciencia social ha establecido.

Su buena fe no es un simple desconocimiento de determinadas circunstancias de la finca. Al contrario, de modo activo, tiene que ser un comportamiento diligente que, al estar destinado a comprobar que la finca responde a lo que necesita, va a ser la especial manifestación de su buena fe, que se caracterizará porque es positiva, es una creencia de que la finca conviene a sus intereses, tras la práctica de una actividad propia de un honrado padre de familia conforme a unos usos que están reconocidos y marcados por la sociedad con meridiana claridad.

Debe destacarse que la citada actividad y la comprobación que implica se ciñen a unas circunstancias materiales o de hecho, que entran por los sentidos y están referidas a la cosa en cuanto es o está en el mundo. Algo, por tanto, que es tan sólo el soporte físico de la situación jurídica que publica el Registro.

Esta actividad diligente de que hablamos nos lleva a la conclusión de que, en cuanto contratante civil, debe negarse la buena fe del adquirente que compra sin haber visto la finca ni comprobado su estado posesorio. Ello no supone, con todos los riesgos que lleva consigo, poner en duda la validez y eficacia de tal tipo de contratación. Lo único que se afirma es que no es una contratación civil, que es la que el Registro de la Propiedad protege.

d) *El contratante civil y el artículo 34 LH.*

El autor de estas páginas es consciente del avispero al que su pensamiento le ha llevado.

No obstante, estima con sinceridad absoluta que no está ante un callejón sin salida y que para obtener la protección del artículo 34, y conseguir ser “mantenido” en su adquisición, el tercero ha de tener la condición de contratante civil, que es la que le pone bajo la tutela del Registro. Y que, en el propio procedimiento judicial en que se vaya a decidir si debe o no ser mantenido en la adquisición, habrá de acreditar previamente, si se le discute, que actuó en la fase precontractual con aquella diligencia que le exige la condición de contratante civil.

Se trata, pues, de un comprador que pretende gozar de la protección del artículo 34 LH, del que cumple sus requisitos y con la buena fe que, en el párrafo 2.º, se le presume. Si tal comprador ha omitido por completo los actos dirigidos a conocer el estado físico del inmueble que adquiere, su situación posesoria y el título en que tal posesión se apoya, despreciando el eventual conocimiento de las apariencias que le ofrece la propia realidad, nos parece incuestionable que no puede alegar la buena fe que debe

tener en su calidad de contratante civil. Por todo lo cual no merece y no puede ni debe gozar de la protección del artículo 34.

Debemos tener en cuenta que, si bien la persona es la misma y siempre es tercero, ajeno a la estructura de la situación registrada, tales cualidades son contempladas en momentos distintos, como distinta es también la buena fe que les pide.

En un caso es el contratante eventual al que amparará la seguridad jurídica preventiva; en el otro, el contratante ya ha adquirido y registrado su adquisición y ello motivó un litigio judicial, extramuros de la seguridad preventiva.

Ambos han de tener buena fe, pero la de uno se ha de dar de modo positivo en fase precontractual, sin presunción alguna a su favor, y consiste en una creencia que recae en circunstancias que o son exclusivamente de hecho o son jurídicas, el hecho posesorio, la ocupación a título de precario, el arrendamiento o la posesión por el propio dueño, pero con una juridicidad que es ajena a la función que desempeña el Registro.

La buena fe del otro es una ignorancia del adquirente respecto a “la inexactitud registral”, es decir, a que el Registro se halla en desacuerdo con la realidad en cuanto a ciertas causas de nulidad o resolución del título registrado, que existen, pero sin que el Registro las publique. Esta buena fe se presume y la presunción tan sólo puede ser destruida probando, en su contra, “que conocía la inexactitud registral”.

No hay pues la menor incompatibilidad entre la buena fe del contratante civil y el tercero del artículo 34. Éste, que es, que tiene que ser un contratante civil, ha de tener ambos tipos de buena fe.

C) *El fomento del crédito territorial.*

Acabar con la usura, lacra de la sociedad española a lo largo de siglos, y por ello el fomento del crédito territorial, era uno de los más graves y delicados objetivos de la primera Ley Hipotecaria, por lo que le concedió un prioritario y novedoso sentido, en íntima relación con las hipotecas ocultas y las solidarias. Era uno de los logros más urgentes e importantes que era preciso conseguir y estuvo siempre en la mente de los legisladores.

Arraigado ya hace muchos años, el crédito territorial se ha convertido en algo cotidiano y normal que ya no llama la atención, ni parece necesitado de fomento, pero sigue teniendo la misma consideración de fin e idéntica importancia.

Adquiere aquí especial interés por el juego de las cargas y gravámenes, destacando de modo singular el aspecto pasivo del sujeto en la situación secundaria. En la materia es de la máxima importancia la doctrina de la inoponibilidad de lo no inscrito, que ya se puso de relieve en su momento.

2. Su trascendencia.

Aunque en la publicación registral puedan distinguirse, de un modo ideal y hasta cronológico, tres planos distintos, información, publicación legitimadora y seguridad preventiva en la protección que se ofrece al eventual adquirente, en rigor lo que hay es un conjunto armónico que se proyecta y dirige a la consecución de un fin general, único y trascendente, que es la seguridad jurídica preventiva de la contratación civil.

La importancia de estos fines puede calificarse de definitiva y fundamental.

El ordenamiento jurídico, cuando decide crear el Registro de la Propiedad, lo hace con un determinado propósito y le señala unos fines institucionales que hemos visto, y que deben ser determinantes, de modo ineludible, cuando llega el momento de organizar y articular el sistema general, el entramado para alcanzarlos.

En aras de su fin primordial, el Registro publica lo que resulta necesario para la seguridad de la situación jurídica, lo mismo en su fase de reposo que en el momento en que se dinamiza ante la contratación, es decir, en los dos aspectos de estática y dinámica que el Registro trata de conseguir de modo conjunto y en forma sucesiva. Y el destinatario de la publicación, en un aspecto u otro, ha de ser siempre aquél en cuyo beneficio se va a producir la seguridad preventiva.

El momento histórico y las circunstancias que lo caractericen en lo económico y en lo social tendrán que marcar la política legislativa que todo ello exija en adecuación y cometido al cumplimiento de los fines que fueron encomendados al Registro.

Y a tal fin se determinará, de modo fundamental, qué es lo que se ha de publicar, es decir, su contenido, y a quién va dirigida tal publicación, o sea, su destinatario, qué relación hay entre uno y otro, en orden a los efectos que deben producir en aquél los actos publicados, de qué garantías ha de ser rodeada tal publicación para que sea fiable e inspire confianza y de qué medios ha de dotarse al Registro para que pueda llegar a su destinatario.

Y, en consecuencia,

3. ¿Para qué publica el Registro lo que publica?

Después de cuanto queda expuesto no parece que la respuesta sea difícil. El Registro publica todo lo que sea necesario para cumplir con los fines institucionales para los que fue creado y en absoluta concordancia con ellos.

Cabe decir, en resumen, volviendo a lo que fue motivo inicial de estas consideraciones, que “el objeto del Registro de la Propiedad”, lo que a él llega para que sea publicado, aquello en cuya virtud ingresa la situación jurídica en el Registro o introduce en ella algún cambio o alteración, lo que “sea registrable”, en ningún caso podrá estar en desconexión con los fines del Registro.

En cuanto ordenado a la obtención de esos fines, perfectamente coherente con ellos, está orientado en tal dirección a través de la protección del interés particular a que está referido ya desde el fin próximo, a través de éste y de los fines intermedios que le suceden.

Y el título del que ha nacido aquel poder jurídico, ese interés protegido por el Derecho, que constituye el contenido de la situación jurídica registrada, no puede ser estudiado y calificado en el procedimiento registral que a tal efecto ha de seguirse, sino teniendo en cuenta tales fines.

EL NUEVO ARTÍCULO 831 CC. LA FIDUCIA SUCESORIA. UNA APLICACIÓN PRÁCTICA

JUAN ROMERO-GIRÓN DELEITO

Notario

La nueva redacción del artículo 831 del Código Civil ha abierto nuevas posibilidades en Derecho Común, consolidando la figura de la fiducia sucesoria, conocida en Derecho Foral.

La redacción actual de este precepto se debe a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre Protección patrimonial de las personas con discapacidad. La Exposición de Motivos nos dice que “se reforma el artículo 831 con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad”, pero lo cierto es que la regulación sustantiva no hace referencia alguna al supuesto de discapacidad, por lo que no debe haber objeción alguna en aplicar este precepto con carácter general.

Prescindiendo de las modificaciones concretas en relación a la redacción anterior (por ejemplo, la posibilidad de establecerlo en capitulaciones), nos vamos a centrar en su contenido actual con la vista puesta en el aspecto práctico, sin pretensión de dotar a este comentario de mayor alcance doctrinal (1).

(1) Puede consultarse GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: “Los actuales artículos 831 y 1.056-2.º del Código Civil. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas”, *Revista Jurídica*

La figura contemplada en el artículo 831 puede resultar útil (aparte de otros supuestos específicos, como el indicado en la Exposición de Motivos) para el supuesto ordinario en el que los cónyuges quieren dejarse recíprocamente el mayor poder posible sobre el patrimonio familiar, entendido como una unidad, en beneficio del cónyuge viudo y sin interferencia de los hijos hasta el fallecimiento de éste. Esta finalidad se ha buscado hasta ahora, principalmente, mediante el usufructo universal combinado con la cautela socini, pero con el nuevo artículo 831 se dispone ahora de un medio más eficaz, que no encuentra obstáculo ni en la incidencia de la legítima estricta.

Ahora bien, el artículo 831 abre tal abanico de posibilidades y plantea tales problemas y alternativas que no creemos posible una fórmula sencilla para su transcripción en un testamento, al menos mientras no haya una elaboración consolidada de la doctrina o jurisprudencia sobre el precepto.

Examinemos las principales cuestiones que, a nuestro juicio, se plantean:

1. *Alcance.* Los términos de la Ley –“realizar mejoras y adjudicaciones o atribuciones de bienes por cualquier título o concepto sucesorio o particiones”– son suficientes para estimar que puede encomendarse al cónyuge la partición de los bienes del testador con carácter general. En este sentido, la Exposición de Motivos dice que “el precepto permite no precipitar la partición de la herencia y aplazar la distribución de los bienes a un momento posterior.” De modo que el cónyuge fiduciario practica la partición de bienes del difunto, y no como contador-partidor, sino como si actuara el propio testador. La delegación incluye, por supuesto, la facultad de mejorar o distribuir desigualmente, pues esa es precisamente la finalidad de la institución, en previsión de supuestos de discapacidad u otros que lo justifiquen. Y hay que entender por la propia dicción del artículo 831 (dice “a favor de los hijos y descendientes”) que la facultad de mejorar incluye a los nietos. No hay más límite que la legítima estricta.

En consecuencia, los hijos y descendientes serán herederos en la proporción que resulte de la distribución hecha por el cónyuge fiduciario, sin que sea necesario decirlo así expresamente en el testamento del causante para entender efectuada la institución de heredero.

2. *Plazo.* El artículo 831 fija, por defecto, un plazo, ciertamente breve, de dos años. Pero no impone limitación alguna al señalamiento de pla-

del Notariado, número 55 (julio-septiembre 2005); RUEDA ESTEBAN, Luis: “La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, en la obra colectiva *El Patrimonio Familiar, Profesional y Empresarial. Sus Protocolos*, Editorial Bosch, 2005. Tomo IV, parte II, pp. 155 y ss.

zo expreso, por lo que debe admitirse un plazo extenso e incluso vitalicio, máxime si se tiene en cuenta que se puede encomendar al cónyuge viudo que ejecute la distribución de los bienes en su propio testamento.

Esta conclusión podría no ser segura, pues, como hemos apuntado, la primera finalidad del precepto parece ser la distribución de los bienes en un plazo cierto, en beneficio de los descendientes y en función de circunstancias especiales, singularmente un supuesto de discapacidad, mientras que lo que estamos buscando es la indivisión de los bienes, en beneficio del cónyuge viudo y durante toda la vida de éste. Es decir, podría alegarse que se intenta utilizar el artículo 831 para conseguir una finalidad diferente a la buscada por el precepto legal.

Pero también es cierto que al tiempo del testamento puede no existir discapacidad u otra causa que justifique dilatar la partición y, no obstante, el testador quiera establecer la institución en previsión de que concurra en el futuro, por ejemplo, algo tan simple como las diferencias entre los hijos (de fortuna, de comportamiento...), que sólo pueden calibrarse en un futuro, manteniéndose mientras tanto el patrimonio en administración del cónyuge viudo, que efectuará la distribución en función de tales circunstancias. En definitiva, la *ratio legis* del precepto no debe ser causa de rechazo, *a priori*, de la utilización de la fiducia sucesoria, cualesquiera que sean las circunstancias concurrentes al tiempo del otorgamiento del testamento.

3. *Incidencia de la legítima.* Debe plantearse si el artículo 831 supone una nueva excepción al principio de intangibilidad de la legítima del artículo 813, no en cuanto a la mejora, cuya distribución forma parte de las facultades del cónyuge fiduciario, sino en cuanto a la legítima estricta. ¿Pueden los hijos exigir la entrega inmediata de la legítima estricta, excluyendo los bienes que la integran de la administración del cónyuge viudo?

Podría entenderse así, argumentando que si, en definitiva, la facultad de mejorar y distribuir tiene como límite la legítima estricta, no hay razón para dilatar su entrega, que nunca podrá ir a parar al discapaz ni a cualquier otro que no sea su legítimo titular. Pero, a nuestro juicio, concurren suficientes razones para contestar negativamente.

— La entrega de bienes en pago de legítima podría frustrar parcialmente la finalidad pretendida por el artículo 831, pues nada impide que el cónyuge fiduciario haga uso de esos bienes para establecer, en beneficio de un futuro discapaz, la sustitución fideicomisaria que prevé el propio artículo 813, novedad introducida por la misma Ley 41/2003.

— El apartado 3 del artículo 831 dice que el cónyuge, al ejercitar sus facultades, “deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes”,

con lo que parece dar por supuesto que éstos no las han podido exigir hasta entonces, debiendo bastarles con la garantía legal de que el cónyuge fiduciario deberá respetarlas.

— Más claro parece estar en el apartado 4 del mismo precepto, relativo al supuesto de descendiente no común. En tal caso, la concesión de facultades al cónyuge fiduciario “no alterará el régimen de las legítimas”. Ya no habla de respeto (a la cuantía) de las legítimas, sino de no alteración del régimen de las legítimas. El descendiente no común, a diferencia de los comunes, no ve alterado su régimen. Esta alteración del régimen a los hijos comunes es la nueva excepción que el artículo 831 impone al 813.

No obstante, cabe que judicialmente triunfe la opción favorecedora del artículo 813, por lo que convendría establecer en el testamento que aquel que planteara cualquier oposición o impugnación verá reducida su participación a la legítima estricta, de modo semejante a lo que ahora se dispone con la cautela *socini*, y teniendo en cuenta, además, que en sede del artículo 831 no debe haber obstáculo para que la legítima se pague en efectivo extrahereditario y a plazos, como ya lo dispone otro precepto reformado, el artículo 1.056, que atiende asimismo a un supuesto especial al que también podría atender el artículo 831, la conservación de la empresa.

4. Adjudicaciones en vida. En el caso de que el cónyuge fiduciario efectúe alguna adjudicación en vida, es conveniente otorgarle la facultad de determinar si lo hace o no en concepto de mejora. Esta declaración debe poder hacerse en el momento de la entrega o en cualquier otro momento posterior, lo cual es congruente con la finalidad del precepto de procurar una distribución de los bienes en función de las circunstancias, presentes o futuras, que justifiquen un reparto desigual. El sistema debe cerrarse con una cláusula subsidiaria que establezca que los bienes no adjudicados por el cónyuge fiduciario al tiempo de su fallecimiento, *inter vivos* o *mortis causa*, se repartirán a partes iguales.

5. Bienes gananciales. La incidencia de la sociedad de gananciales plantea sus propios problemas. El artículo 831 permite que el cónyuge fiduciario pueda ejercitar sus facultades sobre bienes de la sociedad de gananciales disuelta y sin liquidar. Pero esta es una atribución muy peculiar, pues, ya implique una liquidación parcial de la sociedad de gananciales, ya una disposición de bienes concretos sin necesidad de previa liquidación o partición (v. RR 10 de diciembre de 1998, 25 de febrero de 1999, 11 de diciembre de 1999 y 28 de noviembre de 2000, 11 de enero de 2001 y 31 de enero de 2004), lo cierto es que se efectúa sólo por el cónyuge fiduciario, sin intervención de los herederos del premuerto.

Y si esto es así, podríamos llegar a la conclusión de que lo que puede hacerse por actos aislados puede hacerse en un solo acto, de modo que el cónyuge fiduciario podría practicar por sí solo la liquidación de los bienes gananciales. Sin embargo, nos parece una conclusión demasiado aventurada, que el artículo 831 no da por supuesta y que se extrae generalizando un caso singular, aunque pueda ser repetido. Nos parece más prudente que en caso de que el cónyuge fiduciario desee efectuar la liquidación, que es una opción entregada a su arbitrio, se tomen las medidas pertinentes para evitar el riesgo de impugnación por colisión de intereses, ya sea imponiendo la intervención de los herederos, ya sea designando contador-partidor *ad hoc* por plazo indefinido o exigiendo tasación pericial, salvo el caso de que la liquidación se efectúe adjudicando todos los bienes en proindivisión.

Por otra parte, en las adjudicaciones *inter vivos* de bienes gananciales deberá expresarse si se efectúan con cargo a la participación ganancial del testador, del cónyuge viudo o de ambos, debiendo preverse así en el testamento del causante.

6. Administración del caudal. Corresponde al cónyuge fiduciario por determinación legal (art. 831-3). Conviene integrarla con el usufructo universal, que será la pretensión ordinaria del testador, como en todos los testamentos habituales. Puede añadirse, si lo desea el testador, la libre disposición de bienes en beneficio del propio cónyuge, con cargo al tercio libre, pero sin agotarlo, para no perjudicar la legítima estricta, dado el usufructo universal. Es decir, tendrá como límite el valor del usufructo del tercio de legítima estricta (si se quiere evitar esta pequeña cuestión de cálculo se le puede atribuir el usufructo de dos tercios, en cuyo caso el derecho de disposición podrá agotar todo el tercio libre).

Es de destacar que con esta fórmula, aprovechando las ventajas del artículo 831, el cónyuge viudo disfruta simultáneamente del usufructo universal y del derecho de disposición sobre el tercio libre, sin necesidad de ejercitar la típica opción de los testamentos habituales.

7. Inventario y valoración. En una partición ordinaria, todos los herederos se adjudican los bienes simultáneamente, con arreglo al mismo criterio temporal de valoración. En la partición diferida y sucesiva del artículo 831 cabe que transcurra mucho tiempo entre las diferentes adjudicaciones hechas en vida por el cónyuge fiduciario y entre éstas y las que procedan a su fallecimiento respecto del resto del caudal, por lo que se plantea un grave problema de valoración, siendo aconsejable, para evitar diferencias no queridas, que se formalice inventario al tiempo del fallecimiento del testador, con una valoración adecuada y uniforme que se vaya

actualizando periódicamente con arreglo a un criterio justo, aunque sin duda el más cómodo es el IPC. Este inventario servirá, además, como libro de ordenación de las adjudicaciones y disposiciones efectuadas por el cónyuge fiduciario, en funciones de control y garantía de todos los interesados, pudiéndose comprobar en todo momento el estado de la partición y los bienes resultantes.

8. *Extinción de las facultades.* Esta cuestión suscita especiales dificultades. El artículo 831 prevé tres causas, que implican, como en la revocación de poderes, la pérdida de la confianza que justifica la fiducia, o, si se quiere, la concurrencia de causas que implican nuevas circunstancias en la vida del cónyuge viudo que deben llevar consigo una ruptura con el pasado representado por el testador. Tales causas son un nuevo matrimonio, una relación de hecho análoga o un nuevo hijo del cónyuge viudo.

De las tres causas, una de ellas, la relación extramatrimonial, es de difícil prueba y puede ser fuente de conflictos con los descendientes del testador. Nada prevé el artículo 831 y quedará entregado a la libre apreciación judicial, en su caso. Tampoco debe preverse nada en el testamento, por la dificultad de preconstituir una prueba sobre la cuestión.

Por supuesto que el testador puede excluir las causas de extinción o modalizarlas. En nuestra opinión, y dado que unas segundas nupcias del cónyuge viudo pueden estar justificadas o ser razonables en las circunstancias de cada caso –incluso una relación de hecho análoga al matrimonio–, podría ser útil establecer en el testamento que la concurrencia de la causa sólo dará lugar a la extinción de la fiducia si mostrare su conformidad una mayoría, reforzada o no, o la unanimidad, de los herederos, que valorarán, en cuanto descendientes comunes, si procede o no la pérdida de confianza en el viudo. Y esta cláusula es aceptable incluso teniendo en cuenta que la extinción de la fiducia les favorece, pues, en todo caso, es menos favorecedora y se adapta más a la realidad que la extinción automática ordenada por la ley o por el testador.

Producida la extinción tendrá lugar la entrega inmediata del caudal existente procedente del testador, previa liquidación, en su caso, de los bienes gananciales, con intervención –esta vez sin duda– de los herederos del premuerto.

Cabe añadir, si el testador lo desea, la pérdida del usufructo universal, quedando limitada la participación del viudo a la legítima estricta, que percibirá, por conmutación, en bienes concretos.

En el caso de que el cónyuge tuviera atribuida la facultad de disponer para sí, con cargo al tercio libre, conviene prever, para evitar actos fraudulentos o perjudiciales, que el importe de las enajenaciones efectuadas con un cierto plazo de antelación a la concurrencia de la causa debe-

rá ser restituido a los herederos del premuerto. Asimismo, puede dejarse esta exigencia de restitución a la libre voluntad de éstos.

Un supuesto no previsto es el de pérdida de capacidad del cónyuge fiduciario, sobre todo si es de avanzada edad, que le hace más vulnerable a la presión o influencia de alguno de los hijos. El supuesto es de difícil solución. No basta una declaración judicial de incapacidad, porque la situación de debilidad y vulnerabilidad se producirá antes de llegar a la resolución judicial. En la práctica será una cuestión de apreciación de la capacidad por el notario que intervenga en la adjudicación o enajenación, con posibilidad de impugnación, de modo semejante a lo dispuesto en los artículos 756-5.º y 1.301 en relación con el 1.073 del Código Civil. Y lo único que conviene prever es que aunque la pérdida de capacidad implica la extinción de las facultades del cónyuge fiduciario, el reparto de los bienes debe diferirse hasta su fallecimiento, precisamente para no restar frutos y dividendos del caudal que puedan ser necesarios para su sostenimiento, más costoso, probablemente, por su situación de incapacidad.

9. *Descendientes no comunes.* El artículo 831 sólo se puede aplicar a descendientes comunes. Si hubiera algún hijo de sólo el testador, se cumplirá lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 831: no se alterará el régimen de las legítimas ni las disposiciones del causante, debiendo introducirse una cláusula en el testamento estableciendo el derecho de percepción de lo dejado por el testador a su hijo, que deberá quedar apartado de la fiducia sucesoria.

10. *Aspecto fiscal.* Aquí sólo cabe hacer dos observaciones:

— El plazo de la fiducia sucesoria para ejecutar la partición puede ser muy amplio, pero el pago del impuesto de sucesiones sigue siendo el de seis meses desde el fallecimiento del causante. El cónyuge fiduciario satisfará el impuesto de sucesiones con cargo al caudal y, en principio, por cuotas iguales. Posteriormente, cuando efectúe la partición cabe que la distribución sea desigual. No hay que descartar una liquidación tributaria por excesos de adjudicación, si se estima que el hecho imponible surge el día de la adjudicación, no obstante la prescripción de la herencia.

El supuesto es de difícil comprobación, sobre todo si la partición se efectúa en varios actos sucesivos de adjudicación, pero lo que hay que oponer es que sólo es tributable el exceso que se aparta de las cuotas preestablecidas (en la ley o en testamento), mientras que en la fiducia sucesoria las cuotas nacen y resultan del propio acto de adjudicación, de modo que, por hipótesis, no puede haber excesos tributables.

— Con independencia de lo anterior, hay que tener en cuenta que las adjudicaciones *inter vivos* del causante, en uso de sus facultades, no son donaciones, sino actos particionales de una herencia que ya devengó el impuesto en su día, por lo que no deben devengar ahora impuesto de transmisiones ni donaciones, cualquiera que sea la denominación de la escritura (cesión, adjudicación, transmisión o incluso donación). Lo mismo hay que decir si la partición se ordena en el testamento del cónyuge fiduciario. Dada la trascendencia de esta cuestión y aunque ello no sea objeto de la fiducia sucesoria, podría establecerse una advertencia o llamada en el testamento del causante.

11. Consideración final. Como resulta de estos comentarios, pueden atribuirse al cónyuge viudo tales facultades que la partición y entrega de los bienes del cónyuge fallecido queda postergada indefinidamente en beneficio de aquél. Al igual que sucede con el poder subsistente aún después de la incapacidad sobrevenida del poderdante (v. nueva redacción del art. 1.732 del CC), nos encontramos ante una situación delicada, e incluso peligrosa, que puede crear graves problemas familiares, con y entre los miembros del conjunto de descendientes, a los que hay que añadir los yernos y las nueras.

Por ello, lo único que cabe decir es que hay que medir con cuidado las circunstancias de cada caso, familiares y patrimoniales, para entender aconsejable o no este testamento, y que puede reducirse su alcance en función de tales circunstancias, tanto en plazo como en facultades: así, puede ser innecesaria la facultad de disposición del tercio libre, puede ordenarse la entrega inmediata de la legítima estricta, puede limitarse la fiducia a una sola clase de bienes (por ejemplo, los privativos del testador) o una parte de los gananciales que se le adjudiquen, etc.

ANEXO: MODELO DE TESTAMENTO

El modelo que se facilita recoge las ideas y propuestas vertidas en este comentario. No es un testamento breve, ni puede serlo si lo que se pretende es solucionar los problemas de interpretación que plantea el artículo 831. Pero está redactado en un lenguaje sencillo, al alcance de cualquier persona con un nivel medio de comprensión. En este testamento se opta, en cada caso, por alguna de las alternativas expuestas en el comentario, que será cambiada por otra si el testador lo prefiere, por ejemplo, la concurrencia y modalización de las causas de extinción de la fiducia.

Testamento del artículo 831 CC

Ordena su sucesión, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 831 del Código Civil, en los siguientes términos:

A) Delegación de la facultad de ordenar la sucesión. Una vez fallecido el testador, su cónyuge tendrá el carácter de fiduciario con arreglo al artículo 831 del Código Civil sobre todos los bienes del testador, que podrá partir y distribuir entre sus hijos y descendientes comunes, en la forma que tenga por conveniente, sin más limitación que la distribución igualitaria de la legítima estricta. En consecuencia, salvada la legítima estricta, instituye herederos a sus descendientes en la cuota o proporción que resulte de la partición y distribución efectuada por su cónyuge.

Si alguno de sus hijos falleciere antes de que el cónyuge fiduciario hubiera efectuado la distribución de los bienes, sus respectivos legitimarios adquirirán el mismo derecho a la legítima estricta que tenía el hijo fallecido, quedando subsistentes las facultades del cónyuge fiduciario respecto del resto del caudal sucesorio.

B) Forma y plazo de la ejecución. El cónyuge fiduciario podrá ejercitar sus facultades en uno o varios actos, mediante adjudicación *inter vivos* de bienes concretos, y el resto, o todo el caudal, mediante adjudicación y distribución en testamento, durante toda su vida. Si al tiempo de su fallecimiento no se hubiera distribuido todo el caudal *inter vivos* o *mortis causa*, los bienes no adjudicados se distribuirán a partes iguales entre sus hijos o nietos, por stirpes.

Respecto de las adjudicaciones hechas en vida, el cónyuge fiduciario podrá expresar en la escritura de adjudicación, o en declaración posterior en cualquier momento, que tienen el concepto de mejora. Si no lo expresara así, se entenderá que es un anticipo a cuenta de una distribución igualitaria y se le computará como tal en su día.

C) Bienes gananciales. Si al tiempo del fallecimiento del testador, el régimen económico de su matrimonio fuera el de gananciales, las facultades del cónyuge fiduciario se extenderán también a los que correspondan al testador en concepto de gananciales.

Si no se hubiera practicado la liquidación, se entenderá, salvo que el cónyuge fiduciario exprese otra cosa, que la adjudicación o enajenación de un bien ganancial se imputa íntegramente a la herencia del testador, hasta agotar su mitad de gananciales, computada por el valor que figure en el inventario a que se refiere el apartado E.

Si el cónyuge fiduciario lo decide así, podrá practicar la liquidación de gananciales en cualquier momento, distinguiendo los que se adjudican al cónyuge viudo en pago de su mitad y los que se adjudican a la herencia del testador. Para esta liquidación necesitará la intervención de los legitimarios, salvo que se practique con valoración de los inmuebles por un perito tasador colegiado o que se adjudiquen todos los bienes por mitad y en pro indiviso entre el cónyuge viudo y la herencia del testador. En todo caso los bienes que se adjudiquen a la herencia del testador quedarán sometidos a lo dispuesto en este testamento, sin proceder a su entrega a los herederos.

D) Régimen de administración y disposición. Durante todo el tiempo que dure la indivisión, el caudal hereditario procedente del testador quedará bajo la posesión y administración del cónyuge fiduciario, que percibirá íntegramente los frutos, rentas y beneficios en concepto de usufructuario universal, quedando comprendida su legítima en este usufructo, y sin necesidad de prestar fianza.

El cónyuge fiduciario deberá abonar todos los gastos e impuestos de la sucesión, con cargo al patrimonio hereditario. La disposición de bienes del patrimonio mobiliario se considerará acto de administración, quedando subrogados los reinvertidos en lugar de los enajenados, pero, con independencia de lo anterior, el cónyuge fiduciario tendrá la facultad extraordinaria de disponer libremente para sí de los bienes del caudal hereditario con cargo al tercio de libre disposición, apreciado por el valor que tuviere al tiempo del fallecimiento del testador, actualizado con el IPC anual y sin perjuicio de las legítimas estrictas.

E) Inventario. Para la correcta ejecución de las facultades conferidas al cónyuge fiduciario, éste deberá formalizar inventario, que protocolizará notarialmente en el plazo de seis meses desde el fallecimiento del testador, de todos los bienes que formen el caudal hereditario, con indicación de su carácter privativo o ganancial y con su valoración adecuada, así como los muebles u objetos de extraordinario valor a juicio del cónyuge. Los valores asignados se irán actualizando anualmente con el IPC.

Partiendo de este inventario, se irán anotando las adjudicaciones concretas que haga en vida y las enajenaciones o disposiciones que efectúe conforme a las cláusulas anteriores, a fin de que queden claramente determinados en cada momento los bienes adjudicados y los pendientes de distribuir y adjudicar y, por tanto, la cuota o proporción resultante de cada uno de los herederos.

Para la valoración de la legítima estricta se atenderá siempre al valor que tuviera al tiempo del fallecimiento del testador. Esta cantidad, actualizada por el IPC de cada año, será el mínimo a percibir. El resto del aumento de valor de los bienes quedará incluido en las facultades de libre distribución del cónyuge fiduciario.

F) Oposición o impugnación. Si alguno de sus descendientes se opusiere o impugnare lo dispuesto en este testamento o alguna de las adjudicaciones efectuadas por el cónyuge fiduciario, su participación en la herencia quedará reducida a la legítima estricta, que percibirá, a decisión del cónyuge fiduciario, en efectivo y en la forma y plazos que determine.

G) Extinción de las facultades conferidas. Las facultades conferidas en este testamento al cónyuge del testador se extinguirán, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 831 del Código Civil, en el caso de que contrajera nuevo matrimonio, mantuviera una relación de pareja extramatrimonial o tuviere algún hijo. Ahora bien, para que tenga lugar la extinción se requerirá acuerdo de las dos terceras partes de los legitimarios mayores de edad, computados por estirpes. Y si hubiere dos, por unanimidad.

Concurriendo la extinción, se procederá inmediatamente a la entrega de los bienes existentes del caudal entre sus hijos y nietos, por estirpes, previa liquidación, en su caso, de los bienes gananciales, con intervención de los legitimarios. Y cesará la posesión y administración del cónyuge fiduciario, que sólo conservará la legítima viudal, equivalente al valor del usufructo del tercio de mejora al tiempo del fallecimiento, sin actualización, capitalizada en bienes concretos, a ser posible efectivo o valores mobiliarios, que recibirá en pleno dominio.

Si el cónyuge hubiera efectuado alguna enajenación de bienes, para sí, con cargo al tercio libre, sólo serán firmes las efectuadas con una antelación superior a dos años. El importe de las efectuadas en los dos últimos años deberá ser reintegrado a los herederos, sin actualización monetaria, y pudiendo efectuar el pago en *plazos anuales hasta un máximo de cinco, con el interés legal. El importe a reintegrar será el valor fiscal u oficial si fuere superior al declarado.*

También se extinguirán las facultades del cónyuge fiduciario en caso de pérdida de capacidad, aunque no esté declarada judicialmente, pero el cónyuge conservará el usufructo universal y no se anulará ninguna enajenación. El reparto del caudal existente del testador se producirá al fallecimiento del cónyuge, con arreglo a la distribución efectuada en su testamento o, en su defecto, a partes iguales, por estirpes.

H) Aspecto fiscal. En todo caso, la distribución de los bienes del testador, ya sea mediante adjudicaciones en vida por el cónyuge fiduciario, ya sea mediante distribución en el testamento de éste, traen su causa de la herencia del testador, y no son sino la partición de sus bienes, por lo que no deben devengarse impuestos por la adjudicación o distribución distintos de los ya pagados en su día por el Impuesto de Sucesiones.

CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA CRISIS MATRIMONIAL TRAS LA LEY 15/2005 (DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO)

M.^a PAZ SÁNCHEZ GONZÁLEZ

Catedrática de Derecho Civil.

Universidad de Cádiz

SUMARIO: **I.** UNA REFLEXIÓN PREVIA. **II.** ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES DE LA REFORMA. **1.** La pensión compensatoria del artículo 97 CC antes de la reforma. **2.** Insuficiencias del sistema preestablecido. **2.1.** *Configuración del derecho a la pensión compensatoria.* **2.2.** *Duración del derecho a la percepción de pensión compensatoria.* **2.3.** *Posibilidad de una renuncia tácita a la pensión compensatoria.* **2.4.** *Subsistencia de la pensión compensatoria tras la muerte del obligado.* **2.5.** *Impago de las pensiones.* **III.** LA RESPUESTA DEL LEGISLADOR. **1.** El nuevo régimen de la pensión compensatoria. **1.1.** *Los cambios que podían haber sido: el iter parlamentario.* **1.2.** *Pensiones temporales: una reforma anunciada.* **1.3.** *Los acuerdos de los cónyuges.* **2.** El fondo de garantía de pensiones. **2.1.** *La disposición adicional única de la Ley 15/2005.* **2.2.** *Futuro desarrollo normativo.* **2.3.** *Valoración crítica.* **IV.** CONCLUSIONES.

I. Una reflexión previa

De todos es bien sabido que en el año 2005 se han dictado dos disposiciones normativas con una incidencia capital en sede de Derecho de Familia. Naturalmente, me estoy refiriendo a las leyes 13/2005 y 15/2005. Ahora bien, en relación con el tema a cuyo análisis dedicaré las páginas siguientes, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, carece de trascendencia directa, en la medida en que no ha afectado a la regulación sustantiva de la crisis matrimonial. No obstante, sí cabría hablar de una incidencia colateral, en cuanto amplía la configuración del derecho a contraer matrimonio y con ello, presumiblemente, los supuestos de ruptura que puedan darse en la práctica.

De otro lado, además de las dos normas citadas, en la elaboración de las presentes notas hay otra que resulta de obligada cita. Se trata de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Su incardinación en este trabajo obedece a la previsión contenida en su disposición adicional decimonovena, que hace de la norma prevista en la adicional única de la Ley 15/2005 una mera reiteración de aquélla (1).

De las anteriores consideraciones puede colegirse fácilmente que el “núcleo duro” de nuestra exposición girará en torno a las dos cuestiones básicas que, sobre consecuencias económicas de la crisis matrimonial, han merecido recientemente la atención del legislador: la nueva regulación de la pensión compensatoria y la previsión de un fondo para garantizar el pago de determinadas pensiones alimenticias. Evidentemente, la fijación de pensiones compensatorias y/o alimenticias no es la única consecuencia de índole económica que se produce como consecuencia de una ruptura matrimonial. En este sentido, está claro que disposiciones como las relativas a la atribución de la vivienda familiar o al establecimiento de indemnización en caso de nulidad, por ejemplo, pueden incardinarse claramente en sede de consecuencias económicas. Ahora bien, en la medida en que estas otras normas no se han visto afectadas directamente por la reforma, debe entenderse que el régimen legal aplicable continúa siendo el vigente con anterioridad a la misma (2).

(1) “El Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos.” A este texto, común a ambas normas legales, la disposición adicional decimonovena de la Ley 1/2004 sólo añadía la necesidad de tener en cuenta las circunstancias de las víctimas de violencia de género.

(2) Hemos de subrayar el empleo del vocablo *directamente* incluido en el texto. Sólo de esta forma la afirmación relativa a la falta de incidencia de la reforma del 2005 sobre tales

II. Estado de la cuestión antes de la reforma

Con el fin de valorar adecuadamente la incidencia de las normas anteriormente referidas sobre el tema cuyo estudio nos ocupa, resulta imprescindible hacer referencia –siquiera brevemente– al régimen jurídico vigente hasta su entrada en vigor.

En este sentido, conviene advertir desde estas líneas preliminares que los cambios operados no son en esta sede tan importantes como en otros ámbitos, lo que convierte en especialmente útiles las consideraciones ahora efectuadas en orden a la precisión de la regulación sustantiva actualmente aplicable sobre la materia (3).

1. La pensión compensatoria del artículo 97 CC antes de la reforma.

Teniendo como destinatario exclusivo al otro cónyuge o ex cónyuge (dependiendo de que lo que hubiese mediado hubiese sido separación o divorcio), el artículo 97 CC establecía (y lo sigue haciendo) la posibilidad de obtener una prestación pecuniaria, siempre que la separación o el divorcio hubiesen supuesto para uno de los cónyuges un desequilibrio económico, en relación con la posición del otro, que implicase un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

Aunque en la práctica, en lo que a su pago se refiere, las pensiones compensatoria y de alimentos se suelen confundir (en ambos casos tales obligaciones se materializan en una suma que debe abonarse al beneficiario de las mismas), conceptualmente son dos prestaciones diversas. Así, una y otra responden a distinta finalidad, teniendo la alimenticia un carácter asistencial que no concurre en la compensatoria (4); de otro lado, la pensión compensatoria tiene naturaleza dispositiva, por lo que es renun-

cuestiones resulta defendible. En efecto, aun cuando el artículo 96 CC no se ha visto modificado de forma expresa por el legislador del 2005, lo cierto es que la previsión de la posibilidad de compartir el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos, contenida en el nuevo artículo 92 CC, podría tener incidencia en la aplicación práctica de aquella norma. Y otro tanto cabría señalar en relación con el artículo 98, en la medida en que, al remitirse a las circunstancias previstas en el artículo 97, los cambios operados *ex lege* en tales circunstancias habrían de afectar a la fijación de la correspondiente indemnización.

(3) De la que quedan deliberadamente obviados los aspectos procedimentales.

(4) La *ratio* de la pensión alimenticia es subvenir una situación de necesidad; en cambio, para que surja el derecho a la pensión compensatoria, lo que se requiere es que se produzca un desequilibrio entre las situaciones económicas de uno y otro cónyuge, aunque quien la solicite tenga recursos propios para atender a sus necesidades. Ciertamente, para la fijación del importe de esta última, se ha de tener en cuenta, entre otros hechos, “el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge”; no obstante, esta circunstancia, en el caso de la pensión por desequilibrio, funcionaría como elemento meramente cuantificador y no como factor desencadenante del derecho a la prestación.

cial (5), posibilidad ésta vetada para la alimenticia por el artículo 151.1.º CC. En este mismo orden de consideraciones, deben señalarse las diferencias sustanciales que existen entre una y otra en lo referente a las causas de extinción del respectivo derecho (6).

Ahora bien, estas claras diferencias que separan a una y otra prestación no impiden que interactúen entre ellas. Así, por ejemplo, la concesión de pensión alimenticia a los hijos nacidos de una unión posterior a aquella cuya ruptura ha generado la concesión de pensión compensatoria puede, en determinadas circunstancias, acarrear la extinción de esta última, en la medida en que el patrimonio del deudor resulte insuficiente para afrontar el pago de ambas (7).

Pero, además, cabría incluso la posibilidad de concurrencia de ambas pensiones –compensatoria y alimenticia– en favor de un mismo sujeto, en cuyo caso la interrelación entre las mismas sería aún mayor, dado que, tanto en el caso de una como en el de otra, el caudal y los medios económicos de deudor y las necesidades del beneficiario son tenidos en cuenta para su fijación (8). Semejante concurrencia sólo podría producirse, evidentemente, en los casos de separación, siendo completamente necesario que la situación de necesidad –como factor generador del derecho a los alimentos– haya surgido sobrevenidamente, ya que, de lo contrario, tal situación de necesidad del cónyuge separado ya habría sido tenida en cuenta en el momento de la apreciación del desequilibrio económico que dio lugar al reconocimiento de pensión compensatoria (9).

(5) Véase mi trabajo *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Granada, 2005, pp. 149 a 155.

(6) A tales efectos, compárese el contenido del artículo 101 CC con lo previsto en los artículos 150 y 152 del mismo texto legal.

(7) A semejante conclusión se llega tras una interpretación *a contrario sensu* de la SAP Tarragona de 11 de enero de 2000 (AC 2000/3022) “... Es criterio jurisprudencialmente unánime la irrelevancia de las nuevas cargas económicas y familiares asumidas voluntariamente por quien viene obligado a pagar una pensión, negando trascendencia suficiente para influir en las obligaciones familiares anteriormente establecidas, con las que ha de contar en todo momento el obligado, pues deben ser respetadas al ser preferentes y no pueden quedar aminoradas por cargas voluntariamente contraídas después. En este sentido, se niega toda incidencia al hecho de asumir el sostenimiento de otras personas a las que no se tiene ninguna obligación de alimentar... e incluso se relativiza la influencia del nacimiento de un nuevo hijo, considerando que no es motivo por sí solo para reducir las pensiones fijadas cuando los ingresos económicos del obligado le permiten soportar también este nuevo gasto, sin que sufra menoscabo el derecho de los familiares anteriormente establecido.” Así pues, si los ingresos del obligado al pago no son suficientes para atender a ambas prestaciones, procederá la extinción de la pensión compensatoria, al estimarse que los intereses de los hijos son preferentes: SAP Córdoba de 13 de mayo de 1995 (AC 1995/962).

(8) Artículo 97.8.º, para la compensatoria; y artículo 146, para la alimenticia.

(9) La comprensión del supuesto descrito en el texto quizá se vería favorecida con la siguiente explicación: imaginemos que cuando se procedió a la fijación de la prestación compensatoria, el cónyuge beneficiario de la misma podía, con sus propios recursos, atender a sus

Otro supuesto fáctico distinto del anterior en el que también podría apreciarse la interrelación que puede existir entre pensión compensatoria y pensión de alimentos es el que se produciría en el caso de que entre los cónyuges separados sólo existiese obligación de alimentos que encubriese una situación de desequilibrio económico generadora, *per se*, del derecho a la pensión compensatoria. En tales circunstancias, al extinguirse el derecho a pensión alimenticia tras el divorcio, esa situación de desequilibrio –nacida con la ruptura de la convivencia, pero encubierta a través de la percepción de alimentos– surgiría con toda su crudeza, permitiendo, tal vez, la obtención de pensión compensatoria (10). A pesar de que la nueva prestación (compensatoria) tendría unos mismos sujetos activo y pasivo que la anterior (alimenticia), la sustitución de una por otra no tiene una importancia meramente cuantitativa, cifrada en un posible aumento o disminución del importe de la prestación. Por el contrario, semejante cambio tiene una trascendencia mucho mayor, por cuanto el régimen legal de las pensiones alimenticia y compensatoria, como ya ha quedado indicado, es sustancialmente distinto.

necesidades básicas, de forma que el desequilibrio compensado se encontraba por encima de ese nivel básico esencial. Pues bien, supongamos que, en virtud de circunstancias acaecidas con posterioridad (por ejemplo, la pérdida del puesto de trabajo), se ve imposibilitado de atender por sí mismo a sus necesidades esenciales, sin que, de otra parte, la cantidad que venía percibiendo por pensión compensatoria sea suficiente para lograr dicha cobertura. En semejante situación, y en la medida en que perceptor y pagador de la pensión siguen siendo cónyuges, podríamos estar ante el supuesto de hecho desencadenante de la obligación legal de los artículos 142 y siguientes.

La jurisprudencia, por su parte, se ha mostrado oscilante en lo que se refiere a la posibilidad de admitir la compatibilidad de ambas prestaciones en favor de un mismo sujeto. Así, en la SAP Cuenca de 10 de mayo de 1999 (AC 1999/5885) se rechaza de forma categórica la coexistencia de ambas prestaciones. En sentido opuesto se pronuncia la SAP Barcelona de 23 de febrero de 1999 (AC 1999/4421). A mi juicio, la SAP Granada de 22 de febrero 2000 (AC 2000/4543) expone adecuadamente la cuestión al afirmar que, desde un punto teórico, ambas prestaciones resultan compatibles, si bien, en la práctica, tienden a confundirse en una, idea ésta que ya hemos reflejado en el texto.

(10) Tal como señala la SAP Jaén de 15 de mayo de 1999 (AC 1999/6655), "... aunque es posición doctrinal consolidada... la de entender que la renuncia expresa o tácita a la pensión compensatoria realizada por los esposos al tiempo de la separación impide su reconocimiento al momento de decretarse el divorcio, no lo es menos, que ese criterio cede en aquellos supuestos, como el de autos, en el que el propio convenio al reconocer al cónyuge un derecho de alimentos que es inherente a una situación de penuria, insuficiencia de recursos o de necesidad de un cónyuge frente a la posición del otro, obligado a prestarlo, viene a cumplir la función propia de la pensión compensatoria, de manera que la concesión de una y la renuncia a la otra sólo pueden entenderse en el sentido de que con su percepción la esposa entendía compensado un desequilibrio que, si existía entonces, no puede desaparecer ahora por los efectos de la disolución del matrimonio, pues la razón de ser sigue latente y también la conveniencia de mantener esa percepción económica, aunque sea sustituyéndola conceptualmente...". Evidentemente, estas consideraciones no pueden llevarse al extremo de entender que toda vez que se produzca la extinción de los alimentos procederá la concesión de pensión compensatoria; para ello, será preciso que nos hallemos ante un supuesto como el descrito por la sentencia citada.

2. Insuficiencias del sistema preestablecido.

El sistema legal de regulación de la pensión compensatoria que, en síntesis, acabamos de exponer, qué duda cabe que era (y es) sustancialmente mejorable. En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia de nuestro país habían puesto de manifiesto de forma reiterada la existencia de importantes deficiencias, que podían haber quedado solventadas aprovechando la coyuntura representada por las recientes reformas legislativas operadas en sede de *Derecho de familia*.

Así, como “puntos calientes” de la regulación legal de las consecuencias económicas de la crisis matrimonial, cabía destacar, entre otros, los siguientes:

2.1. *Configuración del derecho a la pensión compensatoria.*

Dado el tenor del artículo 97 CC, si en el momento de la ruptura de la convivencia existe un desequilibrio entre la situación económica de ambos esposos —que implicase un empeoramiento con respecto a su situación durante el matrimonio—, habría derecho a pensión compensatoria, y ello con independencia de las concretas causas que hubiesen ocasionado tal desequilibrio.

Con semejante configuración de la pensión compensatoria, propiciada por la literalidad del artículo 97, se llega a situaciones que pueden resultar muy injustas. Así, es perfectamente posible que el *status* económico previo a la celebración del matrimonio correspondiente a cada uno de los cónyuges sea muy dispar y, en tales circunstancias —sobre todo, si el régimen económico es de separación de bienes y la convivencia conyugal no se ha prolongado demasiado—, es más que posible que se aprecie ese desequilibrio económico que daría derecho a la compensación. Qué duda cabe que, en aquellos casos en los que se dan circunstancias semejantes a la descrita, el matrimonio se convierte en un magnífico negocio.

La doctrina así lo había señalado, destacando la posibilidad de proliferación de “cazadores” (11), así como la transformación de la institución matrimonial en un seguro de la calidad de vida.

Pero, además, si para determinar la posible existencia del desequilibrio, origen de la pensión, lo único que debe tenerse en cuenta es la situación reinante entre los esposos en el momento de cese de la convivencia, no tiene demasiado sentido que el artículo 100 CC confiera la posibilidad

(11) CAMPUZANO TOMÉ, H.: “Revisión jurisprudencial en torno a la figura de la pensión por desequilibrio económico: tendencia a su concesión con carácter temporal”, *Actualidad Civil*, 1994-4, pp. 897 y ss., concr. p. 899.

de modificar la cuantía de la pensión en función de las alteraciones de la fortuna de los cónyuges o ex cónyuges, que tendrían siempre un carácter sobrevenido en relación con la inicial situación que sirvió de base para apreciar la existencia del desequilibrio.

Estos serios inconvenientes que se derivan de una interpretación literal del precepto que el Código Civil dedica a la conceptualización de la pensión compensatoria no han pasado inadvertidos para la doctrina, que ha propuesto distintas interpretaciones correctoras del artículo 97. En esta órbita se mueve la denominada “teoría del coste de oportunidades”, de acuerdo con la cual, con la pensión compensatoria lo que se pretendería es evitar que el mayor perjuicio derivado de la ruptura de la convivencia gravite exclusivamente sobre uno de los cónyuges. Y para determinar ese mayor perjuicio habría que tener en consideración no sólo la forma en que se ha desenvuelto la vida matrimonial, sino también la situación previa al matrimonio. Únicamente de esta forma podría determinarse si la pérdida de expectativas que, para uno de los cónyuges, ha supuesto la ruptura matrimonial genera un perjuicio susceptible de compensación (12). Desde esta orientación, habría derecho a la pensión compensatoria cuando el desequilibrio sea debido a que uno de los (ex) cónyuges sacrificó sus perspectivas laborales, disminuyendo o eliminando la posibilidad de obtener recursos propios, para dedicarse al hogar y al cuidado de la familia (13).

(12) Como dice RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.: “La concesión temporal de pensión por desequilibrio”, *Aranzadi Civil*, 1995, volumen I, pp. 119 y ss., conecr. p. 121, “el fundamento de la pensión compensatoria hay que conectarlo con el dato principal que proporciona el artículo 97: el desequilibrio económico... Cuando la diferencia apuntada ha sido el resultado de cambios ocurridos con motivo del inicio o desarrollo de la vida en común, o traídos de la mano de exigencias personales desigualmente distribuidas entre los integrantes del núcleo familiar, no hay duda de la conveniencia de arbitrar un mecanismo que permita corregir el desnivel existente y contribuya a proporcionar al perjudicado unas condiciones lo más parecidas posibles a las existentes cuando se celebró el matrimonio”. Más adelante, en este mismo trabajo, la autora citada señala que “si la finalidad de la pensión compensatoria es que el cónyuge perjudicado con la ruptura pueda, con la ayuda que recibe del otro, recuperar las oportunidades o el nivel de aptitud que tenía al iniciar el matrimonio y que perdió como resultado de la vida en común, ha de concluirse que la pensión debe permanecer totalmente al margen de otras circunstancias que no hayan sido determinantes de aquel perjuicio” (p. 134). La misma postura doctrinal es sostenida por CABALLERO GEA: *Matrimonio. Contrayentes del mismo o diferente sexo. Separación y divorcio. Unión de hecho. Acogimiento y adopción. Violencia de género, pensión impagada*, Madrid, 2005, pp. 329 y 330, al atribuir a la pensión compensatoria la finalidad de “... colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo familiar en una situación de potencial igualdad de oportunidades (singularmente laborales y económicas) a la que habría tenido de no haber mediado el vínculo matrimonial”.

(13) En tales casos, está claro que la ruptura del proyecto de vida en común que supone la separación o el divorcio no tiene, desde el punto de vista económico, la misma trascendencia para ambos cónyuges: aquel que ha renunciado a sus perspectivas profesionales, en interés de la familia, será el más perjudicado cuando se trunque ese proyecto de vida en común. La

Semejante idea también ha encontrado eco en la jurisprudencia. Así, en la SAP Navarra de 12 de junio de 1992 (AC 1992/906) se denegó la pensión solicitada sobre la base de lo desproporcionado que podía resultar su concesión a quien “circunstancialmente y por breve tiempo ha disfrutado de una situación económica mejor a la que venía disfrutando con anterioridad al matrimonio, pudiendo no haberse siquiera llegado a consolidar esa mejora de situación económica, y resultar inadecuado conceder por tal motivo una pensión a quien percibe ingresos semejantes a los que obtenía antes del matrimonio”.

Evidentemente, una nueva redacción del párrafo primero del artículo 97 –en los términos propuestos por doctrina y jurisprudencia– hubiese obviado toda la problemática jurídica derivada de la aplicación literal del referido precepto, al hacer innecesarias las “interpretaciones correctoras” del mismo. En definitiva, se hubiesen satisfecho más y mejor las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica y de la necesidad de certeza del Derecho.

2.2. Duración del derecho a la percepción de pensión compensatoria.

Otra de las cuestiones relativas a las consecuencias económicas de la crisis matrimonial que, en el Derecho hasta ahora vigente, ha sido fuente constante de litigiosidad ha sido la que hace referencia a la duración de la pensión por desequilibrio económico. En efecto, en la regulación original de esta figura contenida en el artículo 97 CC, la duración de la pensión tendría siempre un carácter indefinido, si bien es cierto que en el sistema del Código Civil se prevé la posibilidad de la modificación de su cuantía (14), así como de su extinción. Sin embargo, entre las causas específicas que darían lugar a la desaparición de tal derecho, en el artículo 101 CC no se menciona el transcurso de un plazo previamente establecido, de donde inicialmente se colegía la imposibilidad de su concesión sometida a un término prefijado.

Los inconvenientes prácticos que se derivaban de ese carácter tendencialmente vitalicio de la pensión compensatoria eran evidentes: de una parte, el perceptor de la misma no pondría excesivo empeño en la búsqueda de recursos económicos con los que subvenir sus propias necesidades –sobre todo, si la pensión que recibía era elevada–; de otra, al gravar

pensión compensatoria, así concebida, vendría a funcionar como una especie de “coste del reciclaje” del (ex) cónyuge perceptor de la misma.

(14) “Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno o de otro cónyuge” (art. 100).

indefinidamente al (ex) cónyuge deudor, le dificultaría la reorganización de su vida familiar.

El peligro de que una y otra parte trataran de enmascarar su situación era evidente: el acreedor, a fin de continuar percibiendo la pensión, se abstendría de trabajar –adoptando una aptitud claramente pasiva– o, en su caso, procuraría borrar las “huellas” de los ingresos que obtuviera; el deudor, por su lado, intentaría aparentar una disminución de su patrimonio hasta el punto de igualarse económicamente con el acreedor y, con ello, obtener la extinción de la pensión.

Teniendo en cuenta estas indeseables consecuencias, la jurisprudencia, que inicialmente se había mostrado muy apegada al tenor literal de los preceptos legales reguladores de esta materia, fue haciéndose cada vez más flexible en orden a la concesión de pensiones concedidas *ab initio* con límite temporal.

La tendencia últimamente dominante era la que se inclinaba por la temporalidad de la pensión compensatoria, si bien es cierto que semejante limitación vendría condicionada por la concurrencia de ciertos requisitos, como eran la escasa duración de la convivencia matrimonial, o la edad y capacidad laboral del beneficiario de la prestación.

Como claro exponente de esta línea argumental puede citarse la SAP Asturias de 5 de abril de 2000 (AC 2000/993), según la cual “el concepto y naturaleza de la pensión compensatoria no es el de ser equivalente a una de carácter vitalicio, aunque el mero transcurso del tiempo no conlleva, sin más su extinción o limitación temporal. Sin embargo, habrá de estarse al momento inicial de su concesión, porque si en tal momento, aunque exista un real desequilibrio económico, éste tenía un carácter meramente coyuntural o temporal, de tal forma que era susceptible de ser superado en un tiempo limitado con una normal implicación por parte del beneficiario de la pensión, en tal caso es posible cuestionarse ya su extinción ya su limitación temporal, según las circunstancias de tal caso, una vez haya transcurrido aquel período limitado” (15).

(15) Son muchas las resoluciones en las que se reiteran los pronunciamientos anteriores. A título de simple ejemplo, pueden citarse las siguientes: SAP Jaén de 5 de febrero de 1999 (AC 1999/6646), SAP Murcia de 11 de enero de 2000 (AC 2000/153), SAP Huesca de 27 de enero de 2000 (AC 2000/404), SAP Salamanca de 15 de enero de 2001 (AC 2001/677), SAP Pontevedra de 21 de mayo de 2003 (AC 2003/940).

Particularmente clarificadoras resultan las afirmaciones contenidas en la SAP Santander de 28 de noviembre de 1990 (RGD, 1991, pp. 11609 a 11611), según la cual, “a modo de premisa mayor es preciso declarar que no comparte esta Sala la construcción dogmática que trata de concebir la categoría de la «pensión compensatoria» como una especie de pensión vitalicia a la que, supuestamente, se tendría un derecho absoluto, incondicional y, sobre todo, ilimitado en el tiempo. Tal planteamiento significaría aceptar que la referida pensión tiene su origen y justificación en el hecho de trascendencia jurídica representado por un anterior matrimonio

Esta orientación —no obstante ser jurisprudencialmente mayoritaria— no se ajustaba adecuadamente a la literalidad de los preceptos que, hasta ahora, configuraban el régimen jurídico de la pensión compensatoria, por lo que nuestros jueces se veían obligados a efectuar una interpretación correctora —en clave sociológica— de los mismos, extremo éste sobre el que volveremos más adelante.

2.3. Posibilidad de una renuncia tácita a la pensión compensatoria.

La admisibilidad de una renuncia tácita del derecho a exigir pensión compensatoria, por parte de aquel en quien concurrían los requisitos legales para solicitar su concesión, es otra de las dudas interpretativas que plantea el régimen legal de esta prestación.

Ciertamente, la cuestión relativa a la posibilidad de renunciar anticipadamente a la pensión compensatoria, mediante acuerdo de los interesados, antes del nacimiento del derecho a su percepción, había sido resuelta mayoritariamente por la doctrina en sentido afirmativo (16).

También la Dirección General de los Registros y del Notariado se había pronunciado a favor de semejante opción, ofreciendo, entre otros, los siguientes argumentos (17):

- El amplio margen con que hoy se permite la contratación entre cónyuges.
- La naturaleza exclusivamente patrimonial del acuerdo de exclusión.
- La admisión en nuestro Derecho, como regla general, de la posibilidad de renunciar a todo derecho, salvo que con ello se contraría el interés o el orden público o se perjudique a terceros.
- La inaplicabilidad a la pensión compensatoria del régimen de los alimentos y, singularmente, de los artículos 151 y 1.814 CC.

y significaría también, consecuentemente, admitir que la celebración del negocio jurídico en que consiste el mismo supondría algo equivalente (para uno, para otro o para ambos cónyuges) a la suscripción de una póliza de seguro vitalicia, a virtud de la cual el beneficiario tendría un derecho de aquella naturaleza a cargo del otro cónyuge. Sería, dicho sea en términos coloquiales, admitir una concepción tan regresiva, ética y jurídicamente, como la que regía socialmente en tiempo no tan lejano y conforme a la cual el hecho del matrimonio determinaría el percibo de por vida de una determinada percepción salarial, con independencia de la subsistencia o no de aquel vínculo matrimonial. Una concepción no humillante, simplemente compatible con la dignidad de los cónyuges, obliga a desterrar semejantes planteamientos propios de una sociedad ya periclitada e incompatible con el orden constitucional de valores...”.

(16) Entre otros, ROCA I TRÍAS, E.: “Comentario al artículo 101”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, volumen I, Madrid, 1984, pp. 640 y ss., concr. p. 644; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: “En torno a la llamada pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985, pp. 111 y ss., concr. p. 121.

(17) RDGRN de 10 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8086).

Así pues, parece que no pueden apuntarse demasiadas trabas legales a la posibilidad de que la voluntad acorde de los interesados impida el nacimiento del derecho a la pensión. No obstante, las dudas subsisten cuando lo que se plantea es la posibilidad de una renuncia tácita a ese derecho. En otras palabras: si no se acordó nada sobre este particular y, llegado el momento, el cónyuge en el que concurrían los requisitos del artículo 97 CC no solicitó pensión compensatoria en el procedimiento de separación, ¿la puede obtener en el de divorcio?, ¿el hecho de no solicitarla en el procedimiento de separación equivale a una renuncia tácita a la misma?

Sobre este particular, la jurisprudencia se ha mostrado dividida. De este modo, existen pronunciamientos judiciales en los que se entiende que, en tanto no exista renuncia expresa, podría solicitarse y obtenerse el reconocimiento del derecho estudiado. Fiel exponente de esta línea argumental es la SAP Santa Cruz de Tenerife de 13 de febrero de 1999 (AC 1999/4110) cuando señala que "... el examen de todo lo actuado pone de manifiesto el acierto de la sentencia apelada al fijar una cantidad... en concepto de pensión compensatoria para la señora MM pues debe tenerse en cuenta que ésta no renunció expresamente a ella, y que, pese a no haberla solicitado al tiempo de la separación, resulta ello posible, así como obtener el reconocimiento de este derecho, en el procedimiento de divorcio, al amparo del artículo 91 del Código Civil, siempre y cuando concurren los requisitos legalmente exigidos para ello...".

En sentido opuesto, en la SAP Cantabria de 11 de octubre de 1999 (AC 1999/2129) se dice que "... en el caso de autos no se acordó la fijación de pensión compensatoria en la Sentencia de separación... Ello impide otorgar *ex novo* la pensión compensatoria que sólo ahora, y al socaire de una previa demanda de divorcio interpuesta por el esposo, se impetra".

A mi juicio, la clave interpretativa para resolver la cuestión planteada se encuentra en el hecho de que es el momento de la ruptura de la convivencia el que debe tenerse en consideración a fin de precisar si se dan las circunstancias cuya concurrencia da derecho a obtener pensión compensatoria. Así, aun cuando no se haya solicitado la prestación en el procedimiento que condujo a la separación, si en el de divorcio se puede demostrar que cuando tuvo lugar la ruptura de la vida en común concurrían tales requisitos –y que el desequilibrio patrimonial existente entre solicitante y posible obligado no es consecuencia de circunstancias acaecidas con posterioridad a esa ruptura convivencial– cabrá obtener el reconocimiento de la prestación. Eso es lo que ocurriría, por ejemplo, en el supuesto de que la sentencia de separación hubiese fijado una pensión alimenticia con cuya concesión se encubriera un desequilibrio del tipo del

regulado en el artículo 97 CC. Con la sentencia de divorcio, al desaparecer el derecho de alimentos, ese desequilibrio afloraría, permitiendo, entiendo, la obtención de pensión compensatoria.

En cualquier caso, está claro que un pronunciamiento expreso por parte del legislador habría resuelto esta cuestión que, en la práctica, ha dado lugar a un buen número de pronunciamientos contradictorios.

2.4. Subsistencia de la pensión compensatoria tras la muerte del obligado.

En el régimen legal de la pensión compensatoria, la muerte del deudor de la prestación, *per se*, no determina la extinción del derecho. A tales efectos, el párrafo segundo del artículo 101 CC establece una regla a la que es difícil encontrarle una interpretación que resulte coherente con los principios que rigen nuestro Derecho sucesorio. De acuerdo con el mencionado precepto, “el derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima”.

A la hora de interpretar el mencionado precepto se suele hablar de una regla general –subsistencia de la pensión compensatoria tras la muerte del obligado– y dos excepciones a la misma –insuficiencia del caudal hereditario y lesión a la legítima–, a través de las cuales se pretende resolver el conflicto de intereses que, tras la muerte del deudor, va a surgir entre el acreedor de la pensión y los sucesores de aquél. Y a la vista del régimen legal, parece que son los intereses de herederos y legitimarios los que tienen preferencia frente a los del (ex) cónyuge acreedor de la pensión, ya que, para los herederos, la responsabilidad por la deuda compensatoria es *intra vires hereditatis*.

Centrándonos exclusivamente en la segunda de las excepciones mencionadas a la íntegra transmisión *post mortem* de la deuda por pensión compensatoria (esto es, en la posible lesión a la legítima), ha de indicarse que, en estricta aplicación de los principios que rigen nuestro Derecho sucesorio, habría que entender que la pensión compensatoria, como deuda del causante, debería gozar de preferencia sobre los derechos de los legitimarios (18). Justamente por ello, el pago de la pensión, al efectuarse antes del cálculo de la legítima, afectaría siempre a los derechos de los herederos forzosos.

(18) Como dice el artículo 818.1.º CC, “para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento”.

La contradicción entre los principios sucesorios y la norma del artículo 101 no puede ser más evidente: una deuda que, de acuerdo con los artículos 659 y 101.2.º, inciso primero, es deuda del causante que se transmite a sus herederos, quedaría postergada frente a los derechos de los legitimarios, recibiendo así el tratamiento propio de las deudas que nacen con ocasión de la muerte del testador.

Al margen de todas las controversias doctrinales que ha suscitado la norma aludida (19), lo cierto es que, desde un punto de vista práctico, no ha sido fuente de controversias judiciales. La razón de ello, muy posiblemente, se encuentra en la aptitud de los acreedores de este tipo de pensión, que se resignan a dar por extinguido su derecho una vez que se produce el fallecimiento de quien tenía la condición de obligado principal. Esta opción fáctica, indiscutiblemente, se ve favorecida por las dificultades que existen para el cobro de las pensiones, cuestión ésta a la que nos referiremos a continuación.

En cualquier caso, está claro que, en su actual redacción, la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 101 resulta, cuando menos, de difícil interpretación.

2.5. *Impago de pensiones.*

Qué duda cabe que la cuestión enunciada en el presente epígrafe constituye uno de los caballos de batalla del régimen legal de la crisis matrimonial hasta ahora vigente. Es tal el calibre del problema, que el legislador se ha visto obligado a adoptar medidas que alcanzan, incluso, al orden penal. En efecto, según el artículo 227.1.º CP, “el que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o de sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses” (20).

(19) SÁNCHEZ GONZÁLEZ: cit., pp. 119 y ss.

(20) La norma se completa imponiendo el pago de las cantidades adeudadas (art. 227.3.º CP). El párrafo primero de este precepto, en su redacción originaria, establecía el arresto como sanción para la conducta descrita, en una duración que iba de ocho a veinte fines de semana. La elevación de la sanción a la actual fue vista con ciertas reticencias por parte de determinados colectivos, y me estoy refiriendo no sólo a los masculinos (por ser los tradicionales “pagadores” de pensiones), sino, incluso por parte de colectivos feministas que veían en la normativa penal suficientes resquicios legales como para evitar que los condenados a prisión por esta causa fuesen efectivamente encarcelados. Sobre este particular puede consultarse la opinión manifestada por la Asociación de Mujeres Juristas Themis en <http://www.mujeresjuristasthemis.org/opina/reformacodigo.htm>

Este precepto ha sido objeto de críticas por parte de algún sector doctrinal en el sentido de que, al suponer una forma encubierta de prisión por deudas –según algunos–, podría resultar inconstitucional. El Tribunal Supremo, en su sentencia 1148/1999 (RJ 1999/6663) salió al paso de semejantes críticas, señalando que “... la prisión por deudas se encuentra expresamente prohibida por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966... que dispone que *nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual*, precepto que se integra en nuestro Ordenamiento Jurídico, conforme a lo dispuesto en los artículos 10.2.º y 96.1.º de la Constitución Española. Esta norma obliga a excluir de la sanción penal aquellos supuestos de imposibilidad de cumplimiento (*no poder cumplir*), solución a la que ha de llegarse igualmente desde la perspectiva de la cláusula general de salvaguarda propia de los comportamientos omisivos, conforme a la cual el delito únicamente se comete cuando se omite la conducta debida pudiendo hacerla”.

Evidentemente, el problema que tratamos aquí es el del impago voluntario de las pensiones, y siempre lo es, ya que, como se ha indicado en otro apartado del presente capítulo, para la fijación de las pensiones, tanto alimenticias como compensatoria, se tienen en cuenta no sólo la situación económica del que las recibe, sino también del que tiene que abonarlas. En consecuencia, si verdaderamente el capital del obligado resulta sobrevenidamente insuficiente para hacer frente al pago de la prestación que corresponda, lo procedente será instar la reducción o, en su caso, la extinción de la referida prestación, pues, posiblemente, concurrirá causa legal que permita solicitar tal efecto (21).

(21) El artículo 152.2.º prevé como causa de cese de la obligación de alimento la reducción de la fortuna del obligado “hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia”. Por su parte, tratándose de pensión compensatoria, el artículo 100 admite la posibilidad de la modificación de su cuantía “por alteraciones sustanciales de la fortuna de uno u otro cónyuge”, en tanto que el artículo 101 dispone su extinción, entre otras circunstancias, “por el cese de la causa que lo motivó”. El análisis de la aplicación jurisprudencial que se viene realizando de los dos últimos preceptos citados implicaría aumentar la extensión del presente trabajo más allá de lo razonable. Por ello, tenemos que limitarnos a poner de relieve que el empeoramiento de la situación económica del deudor, como causa de reducción o de extinción de la pensión compensatoria, resulta judicialmente operativa en función del hecho determinante de esta reducción patrimonial.

Por otra parte, en bastantes ocasiones, el comportamiento del deudor de la prestación a través del cual se pretende colocar en una situación de insolvencia, se aproxima al tipo del delito de alzamiento de bienes, y así lo ha reconocido el Tribunal Supremo: “... el elemento tendencial o subjetivo del delito de alzamiento de bienes, que consiste en la intención de defraudar a los acreedores haciendo desaparecer el activo con que podrían satisfacer sus créditos, se infiere fácilmente, en el caso a que nos referimos, no sólo de la propia dinámica comisiva sino, muy especialmente, del comportamiento anterior del acusado, que venía demostrando desde hace años su decidido propósito de no cumplir las obligaciones asistenciales que había contraí-

En el orden civil, el artículo 776 LEC prevé la imposición de multas coercitivas para el cónyuge o progenitor que incumpla de forma reiterada las obligaciones de pago (22).

III. La respuesta del legislador

Todas las cuestiones apuntadas en el apartado precedente no son sino un ejemplo de las dudas que suscitaba el régimen legal hasta ahora vigente, dudas que, por sí solas, justificarían la reforma del referido régimen.

No obstante, cuando el legislador del 2005 se ha enfrentado con la tarea de actualizar la regulación del Código Civil en materia de separación y divorcio, no se ha centrado en las cuestiones señaladas, refiriéndose, tan sólo, a alguna de ellas. Por ello, quizá pueda afirmarse que sólo de forma tangencial las recientes reformas del Derecho de familia han afectado a las consecuencias económicas de la crisis matrimonial.

Prueba del escaso interés que este tema suscitó en los redactores de la Ley 15/2005 es la propia Exposición de Motivos de esta norma, en la que, al explicar el alcance y sentido de las reformas introducidas, ni siquiera se hace mención alguna a las dos cuestiones encuadrables en sede de consecuencias económicas de la crisis matrimonial que, finalmente, han encontrado acomodo en la ley citada, como son la modificación del artículo 97 y la previsión de un fondo de garantía de pensiones (23).

do con su ex esposa y con sus hijos, por lo que su renuncia voluntaria al puesto de trabajo no podía ser sino un último ardid para evitar que las retenciones reiteradamente ordenadas se llevasen a efecto. Y es evidente, en fin, que el acusado consiguió, con su fraudulenta maniobra, colocarse en una situación de insolvencia que radicalmente obstaculizaba un eventual embargo de la parte de sus ingresos con que debía responder de sus mencionadas obligaciones, toda vez que las ganancias que obtuviese ocasionalmente, como trabajador autónomo y mediante particulares encargos, eran muy difícilmente controlables e inidóneas para constituir un patrimonio que pudiese servir de garantía a sus acreedores": STS de 8 de julio de 2002 (RJ 2002/7646).

(22) Más concretamente, el número 1 del artículo 776 LEC señala que: "Al cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le correspondan podrán imponérseles multas coercitivas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711 y sin perjuicio de hacerlas efectivas sobre patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas". Por su parte, el artículo 711.1.º LEC, en su redacción actual, señala que: "Para determinar la cuantía de las multas previstas en los artículos anteriores, el Tribunal, mediante providencia, tendrá en cuenta el precio o la contraprestación del hacer personalísimo establecidos en el título ejecutivo y, si no constare en él o se tratara de deshacer lo mal hecho, el coste dinerario que en el mercado se atribuya a esas conductas. Las multas mensuales podrán ascender a un 20 por 100 del precio o valor y la multa única al 50 por 100 de dicho precio o valor".

(23) Ciertamente, a lo largo de la tramitación parlamentaria del texto legal citado hubo intentos, por parte de determinadas fuerzas políticas, de utilizar la reforma para mejorar también la regulación de otros aspectos patrimoniales de la crisis matrimonial. Tal es el caso de la enmienda número 3, presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario

1. El nuevo régimen de la pensión compensatoria.

Realmente, utilizar la expresión “nuevo régimen de la pensión compensatoria” para referirse a las modificaciones introducidas en la regulación de esta figura por el legislador del 2005, quizá resulte excesivo, a la vista de la escasa entidad de las novedades introducidas.

1.1. *Los cambios que podían haber sido: el iter parlamentario.*

Entre la redacción propuesta en el texto que, como Anteproyecto, fue presentado por el Ministerio de Justicia –en septiembre del 2004– y aquella que terminó materializándose en la Ley 15/2005 existían importantes diferencias en lo que al régimen legal de la pensión compensatoria se refiere.

En efecto, según el Anteproyecto, la compensación por desequilibrio –dadas las distintas modalidades previstas, ya no resultaría procedente hablar de pensión compensatoria, en general– podría consistir en una pensión vitalicia, temporal o un tanto alzado. Ahora bien, en la medida en que la modificación propuesta no afectaba la regulación de las causas de extinción de este instituto (art. 101 CC), habría que entender que, tras la posible aprobación del Anteproyecto, continuaría vigente el específico régimen contenido en aquel precepto, lo que, en la práctica, podría plantear no pocas dificultades. Piénsese que el párrafo primero del artículo 101 prevé la posibilidad de extinción de la pensión compensatoria por circunstancias tales como el cese de la causa que lo motivó, el nuevo matrimonio del acreedor o su convivencia marital con otra persona. ¿Cómo podrían invocarse estas causas de extinción frente a pensiones declaradas vitalicias? Evidentemente, ello implicaría una contradicción más que evidente.

Mixto, que proponía la introducción de una disposición adicional por cuya virtud el Gobierno se comprometería a presentar un proyecto de ley de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de liquidación de la sociedad de gananciales y su sistema de recursos. Como justificación de esta enmienda se señalaba que “en el sentido recomendado por el Observatorio Vasco de Justicia, es preciso determinar un procedimiento ágil (a diferencia de lo establecido en el art. 1.410 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que permita hacer efectiva dicha liquidación en períodos de tiempo razonables que eviten los problemas añadidos a la situación de ruptura matrimonial, máxime cuando en la mayor parte de los casos la liquidación versa sobre bienes como la vivienda familiar, mobiliario o vehículos, que no justifican un procedimiento tan complejo, tan largo, y, en consecuencia, tan costoso económicamente, y, que en ocasiones, se utiliza como un medio de presión añadido”. Llama la atención la referencia que se efectúa al artículo 1.410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto éste que se encontraba ya derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero. Son los artículos 806 a 811 de esta última norma los que regulan el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial.

Semejante cuestión no pasó desapercibida para el Consejo General del Poder Judicial, que, al emitir su Informe sobre el Anteproyecto de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio (24), aconsejó la sustitución de la palabra “vitalicia” por la expresión “por tiempo indefinido” (25). A partir de aquí, el Ejecutivo, al presentar su Proyecto en el Congreso de Diputados (26), estableció como posibles modalidades de compensación la pensión temporal, la pensión por tiempo indefinido, así como una prestación única.

Otra de las diferencias entre los textos del Anteproyecto y del Proyecto –en sede de pensión compensatoria, por supuesto– afectaba a la específica relación de circunstancias que deberían ser tenidas en cuenta para la cuantificación de la pensión. Así, en el Anteproyecto se suprimía la referencia a los acuerdos a los que hubiesen llegado los cónyuges, circunstancia ésta que volvió a aparecer en el texto del Proyecto.

Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial, en el Informe anteriormente aludido, efectuó una importante apreciación sobre el listado de circunstancias enunciadas en el artículo 97. Según este órgano, el Gobierno, en su propuesta normativa, debía analizar “la trascendencia que una eventual conducta dolosa o culposa de una de las partes puede tener, por ejemplo forzando una separación unilateral de hecho, sin mayores explicaciones o una separación o divorcio judicial, frustrando las legítimas expectativas, espirituales y materiales, de la otra parte en cuanto a su vida futura, ya que en las circunstancias que se prevén en el artículo 97 del Código Civil, y que el Juez debe valorar para fijar la compensación, no se tiene en cuenta este aspecto de forma expresa y no es de fácil encaje en ninguna de ellas”.

Pues bien, aun cuando en el Proyecto se añadió a la relación de circunstancias ya contempladas la posibilidad de apreciar “cualquier otra relevante” (27), no creo que la intención del Ejecutivo fuese la de asumir la propuesta del Consejo General del Poder Judicial, dado que ello supondría mantener, en el nuevo sistema, vestigios del antiguo modelo de la separación-sanción, opción ésta evitada de modo deliberado por el le-

(24) Solicitado por el Ministerio de Justicia y fechado el 27 de octubre de 2004.

(25) Textualmente, en el referido informe se justifica la modificación propuesta indicándose que debe efectuarse “con el objeto de no crear confusión sobre la posible y futura extinción de la pensión como forma de compensación al cónyuge que vea empeorada su situación anterior como consecuencia de la separación o el divorcio, en particular con lo previsto en el primer párrafo del artículo 101 CC”.

(26) BOCG de 1 de diciembre de 2004.

(27) La novedad era relativa, ya que, en el Anteproyecto, la enumeración expresa de circunstancias no tenía carácter exhaustivo: “A falta de acuerdo de los cónyuges, el juez en sentencia determinará la cuantía de la pensión teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias...”.

gislador del 2005. La Exposición de Motivos de la norma resulta sumamente ilustrativa sobre este particular.

Por lo demás, a partir de la presentación del Proyecto de Ley, el texto del artículo 97 permaneció inalterado hasta su aprobación en julio del 2005, resultando claramente impermeable a las distintas enmiendas que, en relación con el referido texto, fueron presentadas a lo largo de su *iter* parlamentario en Congreso y Senado. Así, en la misma línea apuntada por el Consejo General del Poder Judicial, el Grupo Parlamentario Mixto en el Congreso propuso añadir al final del apartado 9.º del artículo 97 la referencia expresa al incumplimiento de las obligaciones y deberes conyugales como circunstancias que debía valorarse a los efectos de la cuantificación de la pensión compensatoria (28). De otro lado, la admisión de pensiones *ab initio* limitadas en el tiempo fue también motivo de discrepancia, siendo rechazadas por algunos (29) y proponiendo, otros, la introducción en el texto legal de algunas indicaciones específicas sobre estas pensiones temporales (30). Más adelante volveremos sobre estas enmiendas, que, como veremos, aluden a cuestiones que, en la práctica, y a la vista del texto que terminó siendo aprobado, pueden suscitar, todavía, algunas dudas.

(28) Se trata de la enmienda número 35, para la que se ofrecía la siguiente justificación: “pese a erradicarse la concepción del divorcio causal, entendemos que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 67 y 68 del Código Civil puede ser valorado a la hora de fijar pensiones, sin que ello suponga introducir de nuevo el *divorcio-sanción* en nuestro ordenamiento jurídico”. Todas las enmiendas presentadas en el Congreso fueron publicadas en el BOCG de 15 de marzo de 2005.

(29) El Grupo Parlamentario Popular en el Congreso entendía que “incluir que la pensión pueda ser temporal supone limitar arbitrariamente el derecho del cónyuge beneficiario de la pensión cuando los artículos 100 y 101 del Código Civil ya señalan las causas que permiten extinguir o modificar la pensión (por cambios de fortuna de ambos ex cónyuges, cuando cese la causa que lo motivó, por matrimonio del beneficiario, etc.). No es posible determinar *a priori* el tiempo en que van a existir causas para que exista compensación”: enmienda número 82, que volvió a ser reiterada durante la tramitación de la norma en el Senado (enmienda núm. 28 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, publicada en BOCG de 26 de mayo de 2005).

(30) Enmienda número 34, del Grupo Parlamentario Mixto, que proponía incluir en el tenor literal de la norma la indicación de que la pensión temporal podría ser revisable en el supuesto de que las condiciones en que se otorgó variasen, todo ello, a fin de “permitir una adecuación de las pensiones a las circunstancias que sobrevengan temporalmente”. Con independencia de lo que se señale más adelante, cabe destacar aquí que, a la vista del contenido del artículo 100 CC –que no se ha visto afectado por la reforma–, tal posibilidad existía ya en nuestro ordenamiento, si bien, de una forma más limitada, en cuanto que, de acuerdo con la norma citada en último lugar, sólo las alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge permitirían solicitar y obtener una modificación de la pensión.

1.2. Pensiones temporales: una reforma anunciada.

Indiscutiblemente, el establecimiento de distintas modalidades a través de las cuales se pueda compensar el desequilibrio económico ocasionado con la ruptura convivencial constituye una de las más trascendentales modificaciones introducidas en el artículo 97 por la reciente reforma del Derecho de familia (31). Ciertamente que el artículo 99 CC ya preveía la posibilidad de sustituir la pensión fijada judicialmente por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero. Sin embargo, la transformación de la pensión compensatoria en alguna de las modalidades señaladas por esta última norma exigía el acuerdo de deudor y acreedor, sin que cupiese la conmutación por decisión judicial (32).

En todo caso, y desde un punto de vista práctico, la novedad apuntada es sólo relativa, ya que, al margen del tenor literal del artículo 97 CC, cada vez venía siendo más frecuente la concesión de pensiones temporales. No es éste, quizá, el lugar más adecuado para reseñar de forma extensa la evolución jurisprudencial que se ha producido sobre este particular. No obstante, sí cabe señalar la existencia de un cuerpo consolidado de doctrina jurisprudencial sobre la temporalidad de la pensión por desequilibrio económico, doctrina a cuya cabeza se encuentra la STS de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005/1133). La importancia de este pronunciamiento judicial, con el que quedaba zanjada, en buena medida, la polémica que sobre este particular se suscitaban en las Audiencias justifica, creo, la transcripción de algunos de sus párrafos más significativos. Así, en la ya citada sentencia se señala cómo "... la problemática objeto de enjuiciamiento es la consecuencia de los avatares sufridos por la figura de la pensión compensatoria... y la incidencia de diversos factores, sobre todo sociales –y singularmente la condición de la mujer en el matrimonio y en el acceso al mundo laboral–, que han dado lugar a un importante cambio de opi-

(31) En relación con la fijación de una prestación única, se ha dicho que "rompe con la tendencia doctrinal y jurisprudencial existente hasta la fecha... No se pronuncia el texto legal sobre si la prestación única será una cantidad a tanto alzado o si se deberán capitalizar las pensiones periódicas para encontrar la suma exacta del capital a entregar. Parece ser que cualquiera de las posibilidades pueden ser adoptadas por los cónyuges que así lo pacten": PÉREZ UREÑA: "La pensión compensatoria a la luz de la Ley 15/2005, de modificación del Código Civil", *Revista de Derecho de Familia*, número 28, julio-septiembre 2005, pp. 65 y ss., concr. p. 69.

(32) "El artículo 99 prevé prestaciones sustitutorias a la pensión por desequilibrio económico... de lo que se desprende que los cónyuges pueden convenir que una prestación prolongada en el tiempo sea sustituida por una prestación única, pero es por voluntad exclusiva de ellos": SAP Granada de 4 de febrero de 1995 (AC 1995/270). En la doctrina sostienen esta misma tesis, entre otros, DE LA HAZA DÍAZ, P.: *La pensión de separación y divorcio*, Madrid, 1989, pp. 79 a 82; CAMPUZANO TOMÉ: cit., p. 158.

nión en la doctrina científica y la práctica forense, y a una notoria evolución de la jurisprudencia de las Audiencias, que, si bien en un principio se mantuvieron fieles a la opinión claramente dominante de que la pensión debía ser vitalicia, sin embargo, singularmente, a partir de los años 90, comenzaron a mostrarse favorables a la temporalización –unas veces, en circunstancias excepcionales; y otras, con mayor flexibilidad–, hasta el punto de que en la actualidad tal corriente favorable es mayoritaria...” Tras exponer una muy interesante argumentación, el Tribunal Supremo concluyó que “... la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida –vitalicio–. Por otro lado, el contexto social permite y el sentir social apoya una solución favorable a la pensión temporal, por lo que la misma cuenta con un soporte relevante en una interpretación del artículo 97 CC adecuada a la realidad social actual, prevista como elemento interpretativo de las normas en el artículo 3.1 CC... Sin embargo, para que pueda ser admitida la pensión temporal es preciso que constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad –*ratio*– de la norma, pues no cabe desconocer que en numerosos supuestos, la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia. De lo dicho se deduce que la ley –que de ningún modo cabe tergiversar– no prohíbe la temporalización, se adecua a la realidad social y puede cumplir la función reequilibradora, siempre que se den determinadas circunstancias. Ergo, debe admitirse su posibilidad...” (33).

Como ya ha quedado indicado, el legislador del 2005, haciéndose eco de estas tesis jurisprudenciales, consagró la posibilidad de la concesión de *pensiones temporales*, por lo que, quedando indubitada esta cuestión, las dudas se desplazarían hacia la determinación de las concretas circunstancias que han de concurrir para que sea procedente acogerse a esta modalidad de compensación.

Para resolver la cuestión planteada, a falta de su regulación específica en el Código Civil, lo procedente, estimo, es examinar la jurisprudencia, a fin de precisar cuáles son los factores que, hasta ahora, han influido en las decisiones de los órganos jurisdiccionales a la hora de decantarse por

(33) Como conclusión final, el Alto Tribunal precisó que “... en la línea discursiva expresada se manifiesta la más reciente doctrina científica y jurisprudencia de las AAPP. Y ahora este Tribunal, que se pronuncia por primera vez y sienta como doctrina jurisprudencial la posibilidad de establecer una duración limitada para la pensión compensatoria del artículo 97 CC, siempre que cumpla la función reequilibradora por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para dicha limitación temporal”. Con posterioridad, estos mismos pronunciamientos fueron literalmente reproducidos por la STS de 28 de abril de 2005 (RJ 2005/4209), dictada también para la unificación de doctrina jurisprudencial.

pensiones de duración tasada. Con ello, tal vez, podríamos llegar a aislar los elementos que, en ausencia de acuerdo, lleven al juez a señalar una pensión temporal. Partiendo de esta óptica, los factores que más reiteradamente han sido utilizados como justificantes de la opción temporal han sido la corta duración del matrimonio (34), la juventud y la capacidad laboral del beneficiario de la prestación (35), así como la inexistencia de descendencia en común (36).

De una forma mucho más explícita, la STS de 10 de febrero de 2005, ya citada, precisó que "... los factores a tomar en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una pensión compensatoria son numerosos, y de imposible numeración. Entre los más destacados, y, sin ánimo exhaustivo, cabe citar: la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos; cuántos de éstos precisan atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del perceptor; facilidad de acceder a un trabajo remunerado –perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral–; posibilidades de reciclaje o volver –reinserción– al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etcétera."

Como puede comprobarse, no se trata de circunstancias por completo ajenas a las que, para determinar el importe de la compensación, deben ser tenidas en cuenta, en su caso, por el juez, según el tenor literal del artículo 97. Está claro que, desde esta perspectiva, tal relación de circunstancias cobraría una nueva dimensión más allá de la puramente cuantificadora; sirviendo, también, para justificar la modalidad compensatoria elegida.

Otra de las cuestiones que suscita el nuevo régimen de las pensiones compensatorias temporales es el relativo a la compatibilidad del mismo con las normas contenidas en los artículos 100 y 101, sobre modificación y extinción de tal prestación. Al haber quedado fuera de la reforma estos dos últimos preceptos, hay que entender que las mismas causas de modi-

(34) Entre otras muchas, SAP Las Palmas 25 de mayo de 1999 (AC 1999/5485), SAP Barcelona 27 de septiembre de 1999 (AC 1999/6644), SAP Huesca 27 de enero de 2000 (AC 2000/404), SAP Palencia 31 de marzo de 2000 (AC 2000/3634), SAP Murcia 23 de enero de 2001 (AC 2001/729).

(35) A título de ejemplo, SAP Zaragoza de 17 de enero de 2001 (AC 2001/118), SAP Murcia de 23 de enero de 2001 (AC 2001/729), SAP Pontevedra de 21 de mayo de 2003 (AC 2003/940).

(36) SAP Asturias de 19 de marzo de 1999 (AC 1999/3965), SAP Barcelona de 19 de noviembre de 1999 (AC 1999/8048), SAP Vizcaya de 12 de marzo de 2001 (JUR 2001/299740).

fijación y de suspensión son también invocables frente a la pensión temporal. Como ya ha quedado indicado en otro apartado del presente trabajo, la cuestión fue planteada durante la tramitación parlamentaria de la Ley 15/2005 por el Grupo Parlamentario Popular, tanto en el Congreso como en el Senado, a través de sendas enmiendas que, finalmente, fueron rechazadas (37).

Realmente, una interpretación coherente de los citados preceptos –arts. 97, 100, 101– no resulta imposible, en el entendimiento de que, a pesar de tener la prestación compensatoria un carácter temporal, el acaecimiento de los hechos previstos en las disposiciones aludidas podría dar lugar a los efectos previstos en las mismas (38).

Más problemática me parece la cuestión referida a la naturaleza del plazo de duración de la pensión: ¿debe entenderse que se trata de un término resolutorio de carácter absoluto?; en otras palabras, ¿qué sucederá cuando transcurra el plazo previamente establecido?, ¿se extinguirá automáticamente la pensión compensatoria o podría solicitarse su revisión? La cuestión hubiera quedado claramente resuelta si se hubiese modificado el artículo 101 CC, incluyendo, entre las causas extintivas de la prestación analizada, el transcurso del término establecido. Sin embargo, no ha sido ésta la opción seguida por el legislador, sin que esta omisión, por otra parte, deba ser interpretada como exclusión del cumplimiento del plazo como causa extintiva, ya que, como se ha encargado la doctrina de precisar, el artículo 101 no contiene una relación exhaustiva de las causas de extinción de la pensión compensatoria (39).

Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 15/2005, el Grupo Parlamentario Mixto, como ya se ha señalado, presentó una enmienda con la que, posiblemente, se hubiese podido evitar que se plantease la cuestión apuntada. Más concretamente, lo que se propuso fue la inclusión en el artículo 97 de la expresa indicación, tras la referencia a la pensión tem-

(37) Algún sector de la doctrina, antes de la reforma, se manifestaba también contrario a la concesión de pensiones temporales sobre la base del artículo 100 CC, que, según esta opción doctrinal, quedaría desnaturalizado y perdería su eficacia. Así, siguiendo esta línea argumental, J. F. ANGOSTO SÁEZ (“La concesión con carácter temporal de la pensión por desequilibrio del artículo 97 CC”, en *Libro homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, t. I, Almería, 2000, pp. 239 y ss., conccr. p. 147) sostenía que “si se opta por una fijación exacta del desequilibrio, estimando que la compensación se traduce en una cantidad concreta, esa cantidad se deberá con independencia de la modificación de las circunstancias posteriores de la ruptura matrimonial”.

(38) En este sentido se pronuncia también el Tribunal Supremo, para el que “... la pensión temporal no afecta a la regulación de los artículos 99, 100 y 101 CC, y nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de la medida adoptada”: STS de 10 de febrero de 2005 y STS de 28 de abril de 2005.

(39) Véase mi trabajo *La extinción del derecho...*, cit., pp. 145 a 179.

poral, de la posibilidad de su revisión en el supuesto de que las condiciones en que se otorgó variasen. Ciertamente, si el sentido de la enmienda era permitir la variación del *quantum* de la pensión en función de las alteraciones sobrevenidas de fortuna del deudor o acreedor de la pensión, la nueva previsión resultaría, por redundante, innecesaria, ya que tal posibilidad se encontraba expresamente contemplada en el artículo 100 CC. Pero, tal vez, podría haberse otorgado a esa previsión propuesta otro alcance, en el sentido de atribuir un cierto carácter flexible al plazo inicialmente señalado.

En las tesis del Tribunal Supremo, vertidas en sede de pensión compensatoria, parece que puede tener cabida la anterior interpretación, por cuanto, según el Alto Tribunal, "... el plazo estará en consonancia con la previsión de superación del desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación –como en realidad en todas las apreciaciones a realizar–, sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno por las circunstancias concurrentes, plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten la total desprotección" (40).

Pero, ¿cuál es el exacto significado que ha de asignarse al calificativo "flexible" aplicado al plazo?; dicho de otro modo, la atribución de esta naturaleza al término para el disfrute del derecho a la compensación, ¿permitiría la prórroga del mismo?

La doctrina ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones al hilo de las pensiones temporales que, antes de la reforma, venían siendo fijadas por nuestros Tribunales. Así, para CAMPUZANO TOMÉ, "... sería posible y hasta recomendable fijar *a priori* un plazo de disfrute de la pensión pero... considerado no como plazo de extinción del derecho a pensión sino como plazo de revisión; esto es, transcurrido el plazo fijado en la sentencia se abriría un procedimiento automático de revisión de la pensión en el que correspondería al esposo acreedor probar que su situación de desequilibrio sigue subsistiendo, de forma que a falta de prueba habría que entender que su situación ha quedado restablecida y se procedería a la extinción de la pensión" (41). Desde esta óptica, el cumplimiento del plazo establecido no funcionaría como causa de extinción autónoma, sino vinculada a otra que sí aparece expresamente en el artículo 101.1.º CC, como es el cese de la causa que motivó el derecho a la pensión. De este modo, si, transcurrido el tiempo señalado, el cónyuge beneficiario de la pensión no ha logrado superar el desequilibrio –pese a haber actuado con toda la diligencia que le resulta exigible– debería procederse a la revisión de la decisión inicialmente adoptada.

(40) STS de 10 de febrero de 2005, ya citada.

(41) CAMPUZANO TOMÉ: cit., pp. 906 y 907.

Las anteriores consideraciones, aunque razonables, no dejan de ser simples elucubraciones –que no cuentan con más apoyo que el que les puede proporcionar el sentido común–, por lo que será la jurisprudencia de nuestros tribunales la que tendrá que afrontar la resolución de esta difícil tarea que, sin lugar a dudas, se terminará residenciando ante los órganos jurisdiccionales (42).

1.3. *Los acuerdos de los cónyuges.*

La común voluntad de los cónyuges en orden a la fijación de la pensión compensatoria cobra, tras la reforma del 2005, una nueva dimensión, constituyéndose expresamente en el elemento clave para la cuantificación de la pensión. Así, según la nueva redacción del artículo 97, sólo en defecto de acuerdo de los cónyuges procederá el juez a fijar el importe de la prestación. Eso significa que, en la medida que exista acuerdo, el juez deberá respetarlo, incluso, en el supuesto de que estime que la cantidad fijada por la voluntad común de los esposos no es la adecuada para compensar el desequilibrio económico producido. Recuértese, además, que el carácter rogado de la pensión compensatoria no se ha visto alterado por la reforma del Código Civil y que, en consecuencia, resultan plenamente válidas todas las apreciaciones que doctrina y jurisprudencia realizaron con anterioridad (43); y, entre ellas, la posibilidad de renunciar a la pensión compensatoria (44). Si, de acuerdo con el viejo aforismo, *quien puede lo más, puede lo menos*, aquél que puede renunciar a la pensión también puede aceptarla por importe inferior al que le correspondería, dadas las circunstancias concurrentes.

(42) De hecho, existe ya algún pronunciamiento judicial que, aunque aislado, se refiere a la cuestión analizada en el texto. Así en la SAP Huelva de 9 de junio de 1999 (AC 1999/1364) se afirmó que “... si al cabo de los tres años demostrase la demandante que después de agotar los esfuerzos que se le requieren para encontrar trabajo no lo hallare podrá pedir una prórroga de la vigencia de la pensión compensatoria”.

(43) Entre otros muchos, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ: cit., 121; ROCA I TRÍAS, E.: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, volumen I, Madrid, 1984, pp. 640 y ss., concr. p. 616. Por su parte, el primer inciso del párrafo segundo del artículo 90 CC, cuando establece de forma expresa que “los acuerdos de los cónyuges... serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”, ha sido interpretado en un sentido claramente restrictivo por parte de la DGRN, en el entendimiento de que esa aprobación judicial no se refiere a todos los acuerdos recogidos en el convenio regulador, sino exclusivamente a los que afectan a los hijos o aquellos otros que de modo expreso han quedado sustraídos a la autonomía de la voluntad, como sería el caso del derecho de alimentos: RDGRN de 10 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8086).

(44) A título de ejemplo, SAP Sevilla de 10 de enero de 2001 (AC 2001/424), SAP Zaragoza de 7 de marzo de 2001 (AC 2001/474), SAP Valladolid de 6 de febrero de 2004 (JUR 2004/81906).

Estos “acuerdos de los cónyuges” que acabamos de analizar no son los únicos a los que se hace referencia en el nuevo texto del artículo 97. Así, en ausencia de este acuerdo, el juez, para determinar el importe de la pensión compensatoria, tendrá en cuenta, además de otras circunstancias, “los acuerdos a que hubiesen llegado los cónyuges”.

Aparentemente, nos encontramos ante una contradicción, ya que si la intervención del juez aparece *ex lege* condicionada a la inexistencia de acuerdo, ¿cómo van a ser éstos tenidos en cuenta para fijar el importe de la pensión? Evidentemente, se impone encontrar una interpretación de estos párrafos del artículo 97 que resulte mínimamente coherente, para lo que habrá que atribuir a unos y a otros “acuerdos” distinto significado.

Desde esta perspectiva de análisis, teniendo en cuenta que el sentido del primero de los acuerdos citados por el artículo 97 aparece claramente delimitado en la norma (acuerdo de los cónyuges a través del cual se fije el importe de la prestación), el centro de la cuestión bascularía hacia la precisión del significado de esos otros acuerdos que, en su caso, serán tenidos por el juez para efectuar esa cuantificación. Y puesto que esta mención aparecía ya en el artículo 97 antes de producirse la actual reforma, quizá podría facilitarnos en gran medida nuestra tarea el recurso a la doctrina interpretativa de la misma. En este sentido, para ROCA I TRÍAS (45) y RAMS (46), esos convenios serían los adoptados por los (ex) cónyuges que, en la terminología del artículo 90 CC, han sido considerados por el juez “gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”, y, por esta razón, no han sido aprobados.

Para LASARTE ÁLVAREZ y VALPUESTA FERNÁNDEZ, serían aquellos que “procedentes de una separación convencional, no pueden tener acceso al procedimiento por falta de aceptación de uno de los cónyuges a la tramitación judicial de la separación” (47).

Más acertada me parece la opinión de MONTERO AROCA, que suscribo plenamente, cuando afirma que los acuerdos a los que se refiere este apartado del artículo 97 son, además de los señalados por los autores anteriormente citados, aquellos otros relativos a diferentes aspectos económicos de la separación o del divorcio que, indiscutiblemente, pueden tener trascendencia en orden a la apreciación del desequilibrio económico (48).

(45) *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*, Pamplona, 1989, p. 233.

(46) RAMS ALBESA, J.: *Comentarios al Código Civil*, tomo II, volumen 1, Barcelona, 2000, pp. 1007 y ss., conctr. p. 1027.

(47) LASARTE ÁLVAREZ, C., y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *Matrimonio y divorcio. Comentario al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Madrid, 1982, p. 754.

(48) MONTERO AROCA, J.: *La pensión compensatoria en la separación y el divorcio*, Valencia, 2002, p. 156, explica el supuesto a través de un ejemplo: “En un matrimonio de escasos

2. El fondo de garantía de pensiones.

En el informe sobre las actuaciones del Defensor del Pueblo andaluz en materia de igualdad de género, emitido en el 2004, se señala cómo el impago de pensiones constituye un motivo de queja cada vez más frecuente ante esa institución. Los datos que aparecen en ese informe son, ciertamente, significativos: el 60 por 100 de las pensiones de separación y divorcio no se pagan nunca, un 20 por 100 se paga irregularmente y sólo el otro 20 por 100 se paga con regularidad (49).

Como ya se ha indicado en otro apartado de este artículo, antes de la reforma actual del Derecho de familia existían, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, una serie de medidas a través de las cuales se pretendía evitar o, en su caso, paliar este problema. Tales medidas se inscriben en el ámbito civil (concretadas en la posibilidad de que el juez, al fijar la pensión, estableciera garantías para su efectividad: retención de sueldo, hipoteca, fianza, etc.), en el procesal (mediante la imposición de multas coercitivas al cónyuge o progenitor que incumpla sus obligaciones de pago) y en el penal (tipificándose como delito el impago de pensiones). Sin embargo, a la vista de los datos porcentuales reseñados, tales medidas no han servido para disuadir a los morosos.

El problema es acuciante, sobre todo, en lo que se refiere al impago de pensiones alimenticias: recuérdese que este tipo de prestaciones tiene carácter asistencial, por lo que, al no ser percibidas con regularidad –o, simplemente, no ser percibidas en absoluto–, el beneficiario de las mismas no puede cubrir esas necesidades básicas que la han motivado, dándose situaciones de auténtica penuria económica. Y estoy totalmente de acuerdo con ARROYO I AMAYUELAS cuando dice que la solución que se propugne debe centrarse no tanto en la necesidad de corregir una situación de impago, cuanto en la de establecer mecanismos que impidan que ese impago se produzca, esto es, que aseguren el cumplimiento regular de la prestación (50).

recursos, a la hora de determinar la cuantía de la pensión no es indiferente que exista un acuerdo relativo al uso de la vivienda familiar o de los alimentos a los hijos; el uso de la vivienda tiene en sí mismo un valor económico que no puede desconocerse a la hora de fijar la pensión compensatoria, pues uno y otra han de tomarse como conjunto para determinar el apoyo económico que un cónyuge presta a otro; por su parte, la pensión alimenticia a los hijos puede haber significado que la situación económica del progenitor no permite ya otras pensiones”.

(49) <http://www.defensor-and.es/mujer/TEXTOS/TA-SE-04-882.htm>

(50) ARROYO I AMAYUELAS, E.: “Los fondos de garantía del pago de pensiones de alimentos: ¿públicos o privados? Análisis de las iniciativas españolas (estatales y autonómica catalana) a la luz de las propuestas de Derecho público y privado comparado quebequés”, *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2004, pp. 209 y ss., con cr. p. 210.

Frente a este problema del impago de las pensiones y la insuficiencia de los medios legales establecidos, la opción seguida siempre por las fuerzas políticas con representación parlamentaria ha sido la relativa a la creación de un fondo, de naturaleza pública, que garantizase la percepción de estas prestaciones. En efecto, ya en la III Legislatura, el Grupo Mixto presentó una proposición de ley de “Creación del Fondo de Garantía de Alimentos y Pensiones”, que fue finalmente rechazada. También minoría Catalana, en esa misma Legislatura, propugnó la “Creación de un fondo de garantía para pensiones alimenticias con la finalidad de cubrir el impago de las mismas en los supuestos de separación judicial o divorcio”, que no tuvo mejor suerte, ya que terminó caducando. A partir de aquí, en las IV, VI, VII y VIII Legislaturas se han venido sucediendo distintas iniciativas que, variando en su contenido, respondían todas ellas a la misma finalidad del establecimiento de ese fondo a través del cual se garantizase el pago de pensiones compensatorias y alimenticias, en algunos casos y, en otros, sólo de pensiones alimenticias (51).

2.1. *La disposición adicional única de la Ley 15/2005.*

Lo cierto es que, pese a ser un tema que aparece recurrentemente en sede parlamentaria, hasta la actualidad no se ha obtenido el consenso necesario para el establecimiento del fondo de garantía, limitándose el legislador del 2005 a prever su creación y remitiendo a una norma posterior –todavía inexistente– la concreción del sistema de cobertura. En efecto, en relación con la materia ahora estudiada, establece la Ley 15/2005 que “el Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura de dichos supuestos”. Esta misma previsión había accedido ya a nuestro Derecho positivo, en diciembre del 2004, a través de la Ley Orgánica de Protección Integral contra Violencia de Género (52).

La creación del fondo de garantía de pensiones no se encontraba prevista en el Proyecto de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio que, en diciembre del 2004, fue presentado por el Gobierno al Congreso. No obstante, durante la tramitación parlamentaria del mencionado proyecto se presentaron varias enmiendas, tendentes to-

(51) Véase cita número 10 de ARROYO, cit., p. 212, en la que aparece una relación exhaustiva de las propuestas presentadas por las distintas fuerzas políticas a través de las diversas legislaturas.

(52) Disposición adicional decimonovena de la LO 1/2004. Véase cita número 1.

das ellas a su inclusión (53), siendo la propuesta por el Grupo Parlamentario Catalán la que terminó siendo recogida en el Dictamen de la Comisión de Justicia (54) y, posteriormente, convirtiéndose en Derecho vigente. Salvo la presentada por esta fuerza política, todas las demás enmiendas pretendían la creación del fondo de pensiones con un contenido más amplio del que, finalmente, terminó estableciéndose, pues en todas ellas el fondo habría de servir para garantizar no sólo las pensiones alimenticias, sino también las compensatorias.

Llama la atención el carácter restrictivo con que se configura en la Ley el objeto garantizado, que no es otro que los alimentos debidos a menores de edad. En consecuencia, quedarían fuera del alcance protector de la norma todas las demás pensiones alimenticias que, en nuestro Derecho, como es bien sabido, pueden ser también debidas a otros sujetos; entre ellos, el cónyuge o los hijos mayores de edad.

Muy posiblemente, la razón de la opción seguida por el legislador se encuentra en el elevado coste social que implicará la creación del referido fondo (55), lo que justificaría la adopción de esta medida, con carácter restrictivo, sólo en aquellos supuestos en los que el incumplimiento de la obligación de pago entre en colisión con una de los principios esenciales de nuestro Derecho de familia, como el relativo al carácter prevalente del interés del menor. En los demás casos, el problema del impago habría de solventarse con los recursos legales ya existentes.

2.2. *Futuro desarrollo normativo.*

En el momento de redactar las presentes líneas no ha sido presentada aún propuesta normativa alguna que pueda dar cobertura legal a la previsión contenida en la disposición adicional única de la Ley 15/2005 (56).

(53) Más concretamente, las enmiendas se presentaron por parte del Grupo Mixto (enmiendas núms. 6 y 36), Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (núm. 46), Convergència i Unió (núm. 66) y Grupo Popular (núm. 87), todas ellas publicadas en BOCG de 15 de marzo de 2005.

(54) BOCG de 19 de abril de 2005.

(55) Los datos proporcionados por el informe catalán sobre el fondo de garantía de pensiones resultan sumamente ilustrativos: para el año 2000, y sólo para Cataluña, el coste de la medida ascendería a 2.740.615,35 €. Véase ARROYO: cit., pp. 214 a 218.

(56) La fórmula empleada por el legislador del 2005, consistente en remitir a una futura legislación específica la regulación del fondo de pensiones, ha suscitado el escepticismo de un cierto sector de la doctrina. Fiel reflejo de la misma son las afirmaciones de PASTOR VITA cuando manifiesta que echa “en falta que el legislador no se haya atrevido a crear directamente dicho Fondo... Mucho me temo que esta declaración contenida en la disposición adicional quede reducida a una mera declaración de intenciones sin concreción práctica...”: “Consideraciones sobre la reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio”, *Revista de Derecho de Familia*, número 28, julio-septiembre 2005, pp. 25 y ss., conocr. p. 51.

Ciertamente, el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, es autor, en la actual Legislatura, de una “Proposición de Ley de creación del fondo de garantía de alimentos y pensiones compensatorias en supuestos de ruptura matrimonial o del núcleo familiar y de alimentos” (57) que aún no ha sido rechazada. No obstante, por razones evidentes, creo que nuestro interés debe centrarse en la última de las iniciativas legislativas sobre la materia procedente del Grupo Parlamentario Socialista, que corresponde a la VII Legislatura. Aunque esta “Proposición de Ley sobre Fondo de Garantía de Alimentos” (58) caducó con la finalización de aquella Legislatura, dada la actual composición de las Cámaras y la necesidad de dar desarrollo normativo al fondo de garantía de pensiones creado por la ley, creo que está plenamente justificado un análisis algo más pormenorizado de tal proposición que, además, se circunscribe específicamente al impago de alimentos menores, tal como prevé la Ley 15/2005.

En efecto, como sujetos beneficiarios, la propuesta socialista contemplaba, exclusivamente, a los menores de edad alimentistas que lo fuesen en virtud de convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o de alimentos (59). La propia norma, por un lado, amplía ese concepto de beneficiario –en cuanto también podrían acogerse al especial régimen protector los alimentistas menores de edad nacionales de un país de la Unión Europea o de otro Estado que reconozca análogas prestaciones a los españoles dentro de su territorio, siempre que residan habitualmente en España–; pero, por otro, lo restringe –ya que sólo se tendría la condición de beneficiario cuando la unidad familiar en la que se integrase el perceptor no superase el doble del salario mínimo interprofesional– (60), lo cual refuerza la idea del carácter asis-

(57) 122/000096. Presentado el 27 de julio de 2004 y publicado BOCG con fecha 10 de septiembre de 2004.

(58) 122/000231. Presentado el 27 de junio de 2002 y publicado BOCG con fecha 19 de julio de 2002.

(59) El artículo 1.2.º de la Proposición establecía que “se considera alimentos a los efectos de esta ley los definidos como tales en el Código Civil”. Semejante previsión habría, en su caso, que entenderla referida al artículo 142 CC, que establece el contenido de la obligación legal de alimentos. Como es bien sabido, junto a ellos cabe una obligación contractual de alimentos, regulada en los artículos 1.791 y ss. del mismo texto legal.

(60) Textualmente, el artículo 3.2.º del texto comentado señala que “podrán percibir dichas ayudas quienes sean beneficiarios, o tengan a su cargo beneficiarios. En ambos casos, será necesario que los recursos e ingresos económicos, computados anualmente y por todos los conceptos y por unidad familiar no supere el doble del salario mínimo interprofesional vigente en el momento de la solicitud”. Dentro de este precepto, me parece particularmente significativo el hecho de que, a la hora de computar los ingresos que determinan si se puede o no acudir al Fondo de garantía, se tengan en cuenta todos los que perciba la unidad familiar. Dentro de ese

tencial del referido fondo. La propuesta, además, establecía unas cuantías máximas de los anticipos en función del número de hijos.

Dicho fondo estaría dotado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y gestionado por el Ministerio de Economía. Por lo demás, la propuesta socialista contemplaba la subrogación del Estado “de pleno derecho, hasta el total importe de los pagos satisfechos al interesado, en los derechos que asisten al mismo frente al obligado al pago de alimentos...” (art. 7), lo que suscitaba la cuestión doctrinal de precisar el alcance del mecanismo jurídico por virtud del cual se podría reclamar los anticipos efectuados: repetición de lo pagado o subrogación en los derechos del acreedor (61).

2.3. Valoración crítica.

Lo que vamos a enjuiciar en este momento no es la proposición aludida en el apartado precedente, que no tiene más valor que la de ser la última presentada sobre la materia por el partido actualmente en el Gobierno, sino la propia previsión legal de la creación del fondo de garantía de pensiones. En tal sentido, la cobertura exclusiva de las pensiones alimenticias a menores puede parecer a algunos excesivamente limitada y restrictiva (62). No obstante, a fin de calibrar convenientemente el problema, creo que debe tenerse en consideración una idea ya señalada con anterioridad: no estamos ante un supuesto de imposibilidad objetiva de pago de pensiones alimenticias, sino, sencillamente, de que tales pensiones no se pagan debido a que los obligados a prestarlas no quieren hacerlo (63).

cómputo, ¿se incluirían los correspondientes al no progenitor que, por ejemplo, conviva actualmente con aquel que tiene encomendada la custodia del menor? Según ARROYO, cit., p. 220, sí, de modo que, “aunque éste no tiene ningún deber legal de alimentos para con los hijos que no son suyos..., los gastos que éstos generan sí son tratados como cargas familiares..., lo cual demuestra, en definitiva, que los recursos económicos del no progenitor sirven para sufragar las necesidades del menor alimentista”.

(61) ARROYO: cit., pp. 222 y 223.

(62) Ya la propuesta socialista suscitó críticas por parte de la doctrina. Así, para CAMPUZANO TOMÉ, H.: “El impago de pensiones alimenticias. La creación de un fondo de garantía como solución al problema”, *Revista de Derecho Privado*, 2001, pp. 232 y ss., conr. p. 232: “La extensión del ámbito de aplicación del fondo únicamente a las pensiones alimenticias de los hijos menores de edad deja fuera de cobertura a las pensiones compensatorias atribuidas a los esposos en los casos de separación y divorcio, lo cual no parece conveniente, ya que en muchas ocasiones la percepción de tal prestación puede constituir su principal fuente de ingresos”.

(63) En la Exposición de Motivos de la Proposición socialista se decía, refiriéndose al problema de la falta de pago de las pensiones, que “dichos incumplimientos se producen frecuentemente de forma voluntaria por la negativa del obligado al pago y, en otros casos, por la imposibilidad real de hacerlos efectivos”. Esta última afirmación no me parece correcta, puesto que si hay imposibilidad real de pago, lo que se produce es el cese de la obligación de alimentos de acuerdo con lo establecido en el artículo 152.2.º CC. Véase cita número 21.

Por ello, no les falta parte de razón a quienes se han manifestado en contra de la creación del fondo, alegando que el problema relativo al pago de las pensiones debería mantenerse en el ámbito civil (64).

Ahora bien, el interés superior del menor, que es también un principio plenamente consagrado en nuestro Derecho positivo (65), puede dar la cobertura legal precisa a la creación del fondo y a la asunción de responsabilidad social en orden a la recepción de las pensiones de las que los menores sean beneficiarios, al menos, en la medida precisa para evitar situaciones de auténtica necesidad. Fuera de estos casos, comparto la opinión de quienes entienden que la actitud irresponsable de algunos no debe pesar sobre el bolsillo del contribuyente. Se trata, desde luego, de encontrar un difícil punto de equilibrio entre los distintos intereses en juego.

IV. Conclusiones

Llegados a este punto de la exposición, conviene intentar el cierre de la misma mediante el subrayado de aquellas ideas que me parece que deben ser destacadas en relación con la incidencia que, sobre las pensiones, han tenido las recientes reformas del Derecho de familia.

Así, creo que no requiere ninguna demostración adicional la afirmación de la existencia de graves deficiencias en aquel sistema, como la práctica de nuestros tribunales ha puesto de manifiesto. Las que se han señalado en la primera parte de este capítulo –configuración del derecho a la pensión compensatoria, renuncia tácita a la misma, etc.– son sólo algunas, a las que se unen otras muchas, tales como la relativa a la incidencia sobre la pensión de una sentencia de nulidad obtenida tras la separación o el divorcio, o la posible prescripción del derecho a solicitar pensión, por poner tan sólo algunos ejemplos.

Aunque la *ratio* de la Ley 15/2005 no era, ni mucho menos, la regulación de las consecuencias económicas de la crisis matrimonial –basta leer la Exposición de Motivos de la norma para comprobarlo–, podría haberse aprovechado mejor la coyuntura. Prácticamente, la única cuestión expresamente resuelta en sede de pensión compensatoria es la derivada de la específica previsión de pensiones con duración limitada, lo que, por otra parte, ya se había admitido por la doctrina jurisprudencial. Pero ni siquiera

(64) Para ARROYO, cit., p. 212, “... no hay riada que justifique que la irresponsabilidad de unos cuantos se trate como una cuestión cuya solución exige la puesta en marcha de la solidaridad social”.

(65) Véase, entre otras muchas, STC 12 de julio de 2004 (RJ 2004/5280), STC 16 de diciembre de 2004 (RTC 2004/243), STC 4 de abril de 2005 (RTC 2005/75), STS 28 de junio de 2004 (RJ 2004/4321).

ra en esta cuestión el legislador del 2005 ha dejado despejadas todas las dudas: la fijación de un plazo, ¿lo es con el carácter de término resolutorio en sentido estricto?

Ciertamente, el establecimiento de distintas modalidades de compensación permite que, tras aquilatar convenientemente las circunstancias concurrentes, la solución por la que se opte sea la más ajustada a la economía de las partes; es evidente que, al ser tres las modalidades previstas, el grado de flexibilidad es notablemente mayor (66). Sin embargo, estimo que la adecuada solución de los problemas que plantea el régimen legal vigente relativo a la pensión compensatoria exigía una reforma completa del referido instituto –y no sólo del art. 97–, pues, de lo contrario, se perpetúan muchas de las dificultades interpretativas que suscita el referido régimen legal. Así pues, considero que, en sede de pensión compensatoria, la reforma operada del artículo 97, admitiendo expresamente las pensiones temporales, resultaba necesaria, a fin de acomodar el texto de la norma a lo que venía siendo la práctica de nuestros tribunales, pero insuficiente. ¿Habrà que esperar otro cuarto de siglo para que el legislador se decida a abordar una reforma con mayor alcance?

En cuanto a la solución prevista en la Ley 15/2005 para el problema planteado por el impago de pensiones, hay que señalar que se trata de una fórmula que difícilmente contentará a todos: a los que se inclinan por soluciones de tipo social, la opción del legislador les parecerá excesivamente restrictiva, ya que el fondo sólo garantizaría el pago de las pensiones alimenticias debidas a menores; por el contrario, quienes entienden que el impago de pensiones es un problema estrictamente privado criticarán su conversión en una cuestión social cuya solución deba proceder de dotaciones públicas. En descargo del legislador conviene decir que la cuestión apuntada no tiene, ni mucho menos, fácil solución. La fórmula propuesta, muy posiblemente, es la más equilibrada, dada la naturaleza de los intereses que se encuentran aquí en conflicto. Con todo, habrá que ver cómo termina articulándose ese fondo de garantía, para lo cual será decisiva la legislación específica que se dicte en cumplimiento de la previsión contenida en la disposición adicional única de la Ley 15/2005.

(66) Téngase en cuenta, además, que el artículo 99 CC no se ha visto afectado por la reforma, por lo que cabrá, además, la posibilidad de conmutación en él prevista.

LA QUERRELLA POR ALZAMIENTO DE BIENES, O LA ACCIÓN PAULIANA REVESTIDA DE AMENAZA (1)

MARIANO YZQUIERDO TOLSADA

*Catedrático de Derecho civil.
Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO: 1. PROPÓSITO. 2. ¿PUEDE SER EL JUEZ PENAL QUIEN DECLARE LA INEFICACIA DEL CONTRATO FRAUDULENTO? 2.1. La competencia civil adhesiva del juez penal. 2.2. La declaración de ineficacia de un contrato efectuada por el juez penal y su eventual efecto de cosa juzgada. 2.3. Ineficacia, sí, pero ¿de qué tipo? 2.4. El procedimiento penal y las anotaciones preventivas. 3. LA RESTITUCIÓN DE LOS BIENES AL PATRIMONIO DEL DEUDOR, UNA IMPROPIAMENTE LLAMADA RESPONSABILIDAD CIVIL. 4. FINALIDAD ÚNICA DE ESTA SEDICENTE ACCIÓN PAULIANA. 5. LAS DISFUNCIONES DE UN DELITO PERSEGUIBLE DE OFICIO.

(1) La elaboración de este trabajo –que ya fue publicado en *Estudios en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, pp. 3339 y ss.– se inserta en los Proyectos de investigación I + D BJU 2000-1178-CO2-02 y BJU 2000/0266, financiados ambos por el Ministerio de Ciencia y Tecnología. El primero lleva por título *Tutela extrajudicial del crédito. Hacia un nuevo sistema de seguridad jurídica preventiva*, y su investigador principal es el profesor doctor Pedro de Pablo Contreras. El segundo se titula *La responsabilidad civil a comienzos del tercer milenio*, y su investigador principal es el profesor doctor Mariano Yzquierdo Tolsada.

1. Propósito

Me propongo tratar en estas páginas de una cuestión que forma parte de un conjunto de problemas que vienen ocupando mi atención desde hace algún tiempo, como son todos los que hacen referencia a los linderos, a veces no demasiado claros, existentes entre el Derecho de contratos y el tratamiento penal de ciertos delitos contra el patrimonio. Sólo por poner unos ejemplos, desde la posición de los Códigos penales, no se suele vislumbrar de manera clara dónde termina el dolo civil, con la correspondiente anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento, y dónde comienza el engaño propio de los distintos delitos de estafa, ni tampoco qué más ha de tener una simulación relativa (en la que, casi por definición, habrá perjuicio de tercero) para que, además de la respuesta civil de la nulidad contractual, merezca la atención del Derecho penal.

Pero donde a mi juicio la sorpresa es mayor es en esos casos en los que un deudor no cumple con su obligación cuando lo debe hacer, alega ser insolvente frente a la pretensión del acreedor y se comprueba que, en efecto, insolvente es, pero lo es por haber provocado fraudulentamente la situación, donando sus bienes unos meses antes para con ello escapar de la persecución de sus acreedores. Desde luego, la donación fraudulenta tendrá la respuesta de la rescisión por fraude, tratando el acreedor hacer uso de la acción pauliana (arts. 111 i.f. y 1.291-3.º CC) para que regresen al patrimonio del deudor los bienes que no deberían haber salido de él. Pero resulta que ese mismo supuesto, sin que se haya de añadir ni una coma, constituye alzamiento de bienes, que es a la sazón todo un delito perseguible de oficio. Si, como dice la sentencia de la Sala Segunda de 27 de abril de 2000 (EDE 9205), ha pasado a la historia la vieja consideración de este delito que se fijaba en la “fuga del deudor con desaparición de su persona y de su patrimonio”, de manera que “en la actualidad alzamiento de bienes equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentra dificultades para hallar bienes con los que poder cobrarse”, en la práctica lo difícil es trazar el lindero entre el tipo penal y la conducta sólo merecedora de respuesta civil. Más aún: no es que aquí haga falta “algo más” para que una conducta que tiene su respuesta en Derecho privado la tenga también en el penal (que es lo que ocurre siempre), sino que es justo al revés: para que el Derecho penal se ocupe del deudor que se halla en estas tesituras no es preciso que exista lo que sí se exige para que prospere la acción pauliana, a saber, una situación de auténtica insolvencia, provocada por los actos fraudulentos. Basta con que de éstos se deduzca una situación de razonable dificultad de cobro para el acreedor. Por una vez, pues, ese “algo más” lo exige el Derecho civil y no el penal.

Ello provoca singulares curiosidades en el sistema de la protección del derecho de crédito que quiero plantear aquí, relacionadas con la competencia civil de los jueces penales, la posibilidad de las (mal llamadas) anotaciones preventivas de querella, el alcance de la sentencia penal, el régimen aplicable a la responsabilidad civil derivada del alzamiento de bienes, el problema del crédito impagado... Un mosaico de cuestiones (2), en fin, que a mi juicio aconsejan una profunda revisión del sistema de protección penal del crédito en su conjunto y que, naturalmente, no puede encontrar su sede oportuna en este breve trabajo.

2. ¿Puede ser el juez penal quien declare la ineficacia del contrato fraudulento?

2.1. La competencia civil adhesiva del juez penal.

“Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar.” Aunque el artículo 112 LECrim. no lo diga, se sobreentiende que hace falta añadir otra condición para que el juez penal tenga esa obligación de adentrarse en Derecho privado: que la sentencia penal sea condenatoria. De ser así, y si no ha existido reserva de la acción civil para un proceso posterior, ni renuncia a la misma, han de ser resueltas en la sentencia *“todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del juicio”* (art. 742). El sistema español es, desde luego, el más protector del mundo desde el punto de vista de la posición procesal del perjudicado en vía penal, lo que tiene sus indudables ventajas, pero ello no debe permitir que se pasen por alto los inconvenientes (3). En lo que aquí interesa, la cuestión es importante: la competencia civil adhesiva del juez penal, ¿se agota en los pronunciamientos puramente resarcitorios o puede llegar más lejos? Cada vez que en un procedimiento criminal vemos una pieza de responsabilidad civil que resuelve la restitución de los efectos del delito con una respuesta en forma de evanescente *“restauración del orden jurídico alterado”*, pero que no contiene en sus argumentaciones ni mención de pieza alguna de la teoría del contrato y de su ineficacia, ¿es porque el juez penal no puede entrar en tan prolijos temas

(2) Algunas de ellas han sido tratadas en un trabajo magnífico de FERNANDEZ CAMPOS: *Consecuencias civiles del alzamiento de bienes*, 1998, pp. 780 y ss.

(3) Puede verse mi *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001, pp. 75 y ss.

o más bien porque los fiscales no ejercitan correctamente la acción civil, acostumbrados como están a que su proceder en los procedimientos penales se limite al “sota, caballo y rey” (las penas y las pesetas, ahora euros)?

Centrándonos en el típico delito contra el sistema crediticio que da título a este trabajo, cuando el deudor burla los derechos de sus acreedores de forma deliberada y queda con ello total o parcialmente insolvente, ¿entra en la previsión del artículo 742, punto 2.º LECrim. la declaración de ineficacia del contrato fraudulento (art. 1.291-3.º CC) o de un pago hecho en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlo (art. 1.292)?

Dejando ahora al margen el problema de la intervención mínima del Derecho penal y de que las dobles protecciones traen consigo no pocos inconvenientes a la hora de delimitar los correspondientes delitos de los fraudes civiles (4), resulta evidente que detrás del enjuiciamiento de todas estas conductas habrá que decidir en multitud de ocasiones cuestiones de doble o múltiple disposición de una misma cosa, venta de cosa ajena, venta de cosa sobre la que pesa una prohibición de disponer conocida por el transmitente, o una sustitución fideicomisaria, venta como libre de cosa que se sabe gravada, venta de cosa común por comunero aislado, negocios fiduciarios, etc. O lo que es lo mismo, cuestiones que atañen de modo directo a los problemas más medulares del Derecho civil patrimonial (5).

No es de extrañar que algunos procesalistas hayan querido limitar la competencia del juez penal a lo que son puramente pronunciamientos de tipo restitutorio, reparatorio o, y sobre todo, indemnizatorio, indicando que en los mismos no cabe la posibilidad de declarar la nulidad o la rescisión de los efectos que el acto haya podido tener. Por ejemplo, dice GÓMEZ ORBANEJA que el proceso penal no sirve para actuar cualquier otro efecto jurídico privado fundado en el hecho punible o referido a él (6). Últimamente ha señalado FONT SERRA que “los jueces penales sólo tie-

(4) Sobre el tema, YZQUIERDO: *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, Madrid, 1997, pp. 393 y ss. Más resumidamente, en *Sistema...*, cit., pp. 31 y ss.

(5) Sobre unos y otros problemas, CUENA CASAS: *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996, en especial, pp. 381 y ss.

(6) GÓMEZ ORBANEJA: “La acción civil del delito”, RDP, 1949, p. 185. Véase también *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal...*, cit., p. 353: en el concepto de restitución no entra la anulación o rescisión de los efectos jurídicos del acto ilícito. En el mismo sentido, FENECH: *Derecho procesal penal*, tomo I, Barcelona, 1960, pp. 428 y ss., para quien es dudoso que la declaración contenida en una sentencia penal de que un contrato contiene prestaciones usurarias, o se ha celebrado simuladamente en perjuicio de terceros, pueda llevar consigo la declaración civil de nulidad o de inexistencia del acto o contrato, o la nulidad de las inscripciones registrales. También en *El proceso penal*, Madrid, 1982, p. 168.

nen competencia civil, por adhesión, para enjuiciar algunas de las consecuencias civiles del hecho delictivo, pero no todas. Y, en concreto, no existe precepto alguno que atribuya competencia civil al juez penal para conocer por adhesión de la acción pauliana del artículo 1.111 del CC" (7).

A mí no me parece descabellado decir que, en el delito de alzamiento de bienes, lo que el ordenamiento penal ha de procurar es la imposición de la pena como castigo del fraude y, como cuestión civil, que vuelvan al patrimonio del deudor los bienes que no debían haber salido de él, a fin de que los acreedores encuentren salvaguardada su garantía universal. Y eso sólo se puede conseguir declarando la ineficacia de los actos y contratos fraudulentos, lo cual es una cuestión prejudicial sobre la que no alcanzo a ver qué utilidad reviste que su solución haya de tener lugar *por fuerza* en un juicio civil separado. Si la sentencia de 8 de julio de 1969 (RAJ 3989) dice que "las reclamaciones que pudieran hacerse sobre la validez de un contrato, sin tener una base delictiva, están totalmente desplazadas de un proceso penal", podemos preguntar: ¿y por qué decir lo mismo cuando el contrato tiene, en efecto, una base delictiva?

Es, desde luego, regla jurisprudencial consolidada que los acreedores no podrán cobrar el importe de sus créditos como resultado del procedimiento penal, pero sí lograr que quede relativamente intacto el patrimonio del deudor (8). Y que eso sea la responsabilidad civil en forma de "restitución", o sea, una especie de "restablecimiento del orden jurídico ilícitamente alterado" (fórmula, ya de estilo, usada entre otras por la sentencia de 4 de noviembre de 1981, RAJ 4289), es cuestión poco trascendente, casi de puro nominalismo jurídico. Los únicos obstáculos que puede encontrar el juez penal serán los que impedirían en vía civil el éxito de la rescisión, pues "*el Tribunal de lo criminal se atemperará, respectivamente, a las reglas del Derecho civil o administrativo, en las cuestiones prejudiciales que... deba resolver*" (art. 7 LECrim.) (9). Si no existen tales obstáculos, el efecto de que vuelvan los bienes al patrimonio del deudor solamente puede lograrse "con la declaración de nulidad de los negocios jurídicos que fueron el instrumento válido para consumar el fraude" (sentencia de

(7) FONT SERRA: *La acción civil en el proceso penal*, Madrid, 1991, p. 21.

(8) PARRA LUCÁN: "El tercero obligado a restituir la cosa. Acción civil en el proceso penal: declaración de nulidad de títulos por la jurisdicción penal e indemnización de daños (a propósito de la STC 278/1994, de 17 de octubre)", en *Derecho Privado y Constitución*, número 5, 1995, p. 318.

(9) Por ejemplo, si la acción pauliana ha caducado ya conforme a la previsión del artículo 1.299 CC y se pretende en vía penal que prospere esta pretensión de responsabilidad al socaire de la considerablemente mayor duración del plazo de la acción penal, el juez habrá de limitarse al aspecto punitivo, y no cabrá que se ordene el regreso de los bienes al patrimonio del deudor.

25 de mayo de 1983, RAJ 2777) (10). Claro que para lograr estos efectos será necesario que el tercero obligado a la restitución haya sido condenado en la causa, pues de lo contrario no podrá rescindirse la enajenación fraudulenta (sentencia de 22 de julio de 1994, RAJ 6708). Y para ello hará falta que se haya producido la correspondiente petición de las partes acusadoras (11). En relación con la nulidad contractual, dice DELGADO ECHEVARRÍA que una cosa es que el Código Penal ordene la restitución del tercero cuya adquisición no esté en situación de irreivindicabilidad, “y otra que pueda ser condenado a ello, o declarado nulo el contrato en que fue parte, sin haber sido llamado a juicio ni tener, por tanto, la posibilidad de defenderse” (12). Que la declaración de ineficacia de los actos y negocios exija ineludiblemente la llamada al proceso de los intervinientes en los mismos es algo que constituye un imperativo de carácter constitucional (art. 24 CE). La sentencia de 27 de junio de 1990 (RAJ 5314) no accedió a la declaración de nulidad porque el cooperador del alzamiento de bienes había fallecido y no fueron traídos al proceso sus herederos. Es así admisible que la esposa del condenado recurra contra el fallo que declara la nulidad de una escritura de hipoteca sin que ella hubiese sido citada al proceso. Esto parece tenerlo más claro el Tribunal Supremo (13) que el propio Tribunal Constitucional, pues la sentencia 278/1994, de 17 de octubre, da por buena, sin argumentación alguna, la condena del Ayuntamiento a restituir la finca, cuando se le había impedido personarse en el proceso.

El problema del alcance de la competencia civil del juez penal se plantea, en términos de evolución doctrinal, en una sentencia deliciosamente perversa de la Sala Segunda: la de 5 de febrero de 1980 (RAJ 439), de la que fue ponente el magistrado Vivas Marzal, a la sazón uno de los pocos

(10) En el mismo sentido, las sentencias de 16 de noviembre de 1971 (RAJ 5204), 9 de diciembre de 1978 (RAJ 4121), 4 de noviembre de 1981 (RAJ 4289), 11 de junio de 1984 (RAJ 3539), 25 de junio de 1985 (RAJ 3050), 20 de febrero de 1987 (RAJ 1275), 19 de enero de 1988 (RAJ 386), 15 de junio de 1990 (RAJ 5314), 25 de febrero de 1993 (RAJ 1546) y 26 de marzo de 1993 (RAJ 2584). La de 14 de marzo de 1985 (RAJ 3857) entiende que el reintegro al patrimonio del deudor de los bienes indebidamente salidos del mismo es una “figura jurídica de índole civil, distinta de la mera restitución o indemnización”, pero admite que se trata de una “restauración que los Tribunales de instancia tienen que asumir en uso de las facultades contenidas en el artículo 742.2 LECrim., y qué duda cabe de que tal función jurisdiccional ha de exigir la aplicación de las pertinentes normas de Derecho privado, llegándose incluso a la declaración de nulidad de los negocios jurídicos realizados ilícitamente por el deudor, siempre que no existan impedimentos jurídicos”.

(11) Véase la sentencia de 12 de abril de 1991 (RAJ 2702).

(12) DELGADO ECHEVARRÍA en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, volumen 2.º, Madrid, 1995, p. 428.

(13) Por todas, véanse las sentencias de 25 de mayo de 1987 (RAJ 3123), 22 de diciembre de 1989 (EDE 11652), 12 de julio de 1996 (EDE 5253) o 19 de febrero de 2001 (EDE 3159).

magistrados de lo penal, a la vez buenos conocedores del Derecho civil patrimonial: “en la interpretación del artículo 101 del CP, especialmente en lo que concierne a sus dos primeros números, han surgido dudas sobre su alcance y significación y sobre los límites de la potestad jurisdiccional penal para internarse en terreno privado y para decidir, con soberano criterio, los temas atinentes a otras ramas del Derecho. *Una posición antigua y gozosamente superada*, sostenía que la capacidad, aptitud y potestad de los Tribunales penales llegaba poco más que a la declaración de existencia de delitos y a la imposición de las penas correspondientes, y que *cualquier efecto de aquél en el orden privado que presentara alguna complejidad o requiriera conocimientos cabales en materias extrapenales, debía, con abstención previa del Tribunal penal, deferirse y resignarse en favor de los Tribunales civiles*, administrativos o laborales, prolongando así la odisea de los justiciables y remitiéndoles, con esa mezquina y estrecha interpretación, a otros estrados de costoso y dilatorio peregrinar. Pero esta posición doctrinal, a veces también jurisprudencial, olvida el mandato de los preceptos mencionados [19 a 22 y 101 a 111 CP, 100 a 117 LECrim. y 1.092 CC], la economía procesal más elemental y el principio de unidad jurisdiccional del proceso en cuanto ello sea posible, por lo que *fue abandonada –con cierta nostalgia por parte de los remisos y menos laboriosos–* dado que la misión del Derecho penal no sólo estriba en la declaración de existencia de las infracciones penales y en la imposición de las penas correspondientes, sino que se extiende al restablecimiento del orden jurídico conculcado restaurándolo en todos los puntos y esferas a donde la violación llegó”.

Que no suponen obstáculo alguno a esta solución los preceptos dedicados por la Ley de Enjuiciamiento Criminal a las cuestiones prejudiciales es algo que ya he tratado de demostrar en otras ocasiones (14). Entender lo contrario conllevaría que, en una causa por alzamiento de bienes, el Tribunal de lo penal se habría de limitar a la imposición de la pena, pero prácticamente nada podría hacer para volver a dejar el patrimonio del defraudador como estaba antes de las enajenaciones fraudulentas, ya que la restitución obligaría a declarar a éstas ineficaces (arts. 1.111 y 1.291 CC). Parece de esta opinión PARRA LUCÁN: “resulta bastante dudosa, a mi juicio, la competencia del juez penal para pronunciarse sobre cualesquiera cuestiones de Derecho civil relacionadas con la producción de un delito. (...) Porque, en efecto, es difícil de encajar en el concepto de *restitución de la cosa* las declaraciones de nulidad de contratos y, en general, la *restauración del orden jurídico civil alterado*” (15).

(14) Véase *Aspectos civiles...*, cit., pp. 412 y ss.

(15) PARRA LUCÁN: “El tercero obligado...”, cit., p. 319.

Yo no veo qué utilidad puede tener que haya de ser exclusivamente el juez civil quien pueda examinar estas consecuencias civiles de los hechos enjuiciados. Salvados los obstáculos procesales que impiden condenar a la restitución a terceros adquirentes que no hayan comparecido en la causa, tampoco entiendo, en los casos en que el perjudicado no haya hecho reserva de acciones, qué raro pronunciamiento civil va a poder hacer el juez penal si no puede entrar a conocer del acto o negocio controvertido. Precisamente para un supuesto de alzamiento de bienes señala la sentencia de 25 de mayo de 1983 (RAJ 2777): *“los Tribunales de lo criminal tienen la obligación ineludible, con el fin de restablecer el orden jurídico ilícitamente alterado, de declarar la nulidad de todos aquellos negocios o contratos de disposición respecto de los cuales hayan hecho previo pronunciamiento de falsedad, lo mismo que de las inscripciones que en los correspondientes Registros hubiesen producido, y ello a menos que los mencionados documentos afectasen a otorgantes de buena fe cuyos derechos quedasen menoscabados por la mencionada declaración, pues sería un contrasentido tachar de penalmente ilícitos por falsos determinados documentos públicos y, sin embargo, no hacer pronunciamiento alguno sobre su nulidad y la de las inscripciones que hayan causado, cuando la validez y eficacia de aquéllos y las de éstas sólo se puede derivar del cumplimiento inexorable de los requisitos y condiciones establecidos en la ley”*. Concluye la sentencia afirmando que todo ello es debido a la “estricta observancia de las prescripciones legales ordenadoras de la responsabilidad civil, dentro de la cual caben perfectamente la adopción de aquellas medidas que consistan en restaurar el orden jurídico ilícitamente alterado o perturbado”.

Naturalmente. Cuando el juez penal se ve investido de competencia civil, en su sentencia habrán de resolverse cuantas cuestiones referentes a la responsabilidad civil hayan sido objeto del juicio (art. 742, p.º 2.º LECrim.), y si como mecanismo o herramienta al servicio de tal declaración ha de declarar la ineficacia de un contrato, lo tendrá que hacer por mucho que se trate de medidas que excedan de la simple reparación del daño: *“cuantas acciones –indica la sentencia de 18 de octubre de 1988 (RAJ 7586) (16)– tengan cabida en el proceso penal se han de entender ejercitadas en él y por lo mismo juzgadas en el fallo condenatorio, con efectos siempre consuntivos de todas ellas”*. Para ello bastará con que se trate de medidas *necesarias* para el pronunciamiento, en lo que toca a la responsabilidad civil (17).

(16) Sentencia comentada por RUBIO TORRANO en CCJC, 1988, número 18, pp. 895 y ss.

(17) Así, CÓRDOBA RODA en *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Barcelona, 1972, p. 571.

2.2. La declaración de ineficacia de un contrato efectuada por el juez penal y su eventual efecto de cosa juzgada.

La sentencia de 18 de octubre de 1988 (RAJ 7586) dice: “cuantas acciones tengan cabida en el proceso penal se han de entender ejercitadas en él y por lo mismo juzgadas en el fallo condenatorio, con efectos siempre consuntivos de todas ellas”. La afirmación proporciona una buena pista de cuál es el efecto que debe producir el pronunciamiento: si la declaración de ineficacia tiene lugar en el fallo, su eficacia es consuntiva, o lo que es lo mismo, produce efectos de cosa juzgada en el ámbito civil. Ahora bien, si se sitúan en la parte no dispositiva, el efecto tiene que ser forzosamente diverso (18). El artículo 142, regla 4.^a LECrim., dispone que en los considerandos se consignarán: “*Cuarto. Los fundamentos doctrinales y legales de la calificación de los hechos que se hubiesen estimado probados con relación a la responsabilidad civil en que hubiesen incurrido los procesados o las personas sujetas a ella a quienes se hubiera oído en la causa...*”. Conteniéndose estas declaraciones en los considerandos, no cabe otorgar a la motivación la eficacia de cosa juzgada.

Evidentemente, si ha mediado reserva de acciones, la sentencia penal solamente podrá haber hecho declaraciones de contenido civil en la motivación, como apoyo de lo que es el contenido punitivo del fallo (así, para declarar la estafa cometida por la simulación en perjuicio de tercero, art. 251.3.º CP). En tal caso, el juez civil tendrá después plena libertad para examinar cuantas cuestiones civiles se puedan plantear alrededor de los hechos enjuiciados por el juez penal. Si, por el contrario, la acción civil se ha ejercitado conjuntamente con la penal podrá ocurrir: a) que nada se diga sobre la eficacia o la ineficacia de los actos o negocios controvertidos; b) que la sentencia se pronuncie sobre estos extremos en la motivación, pero no en el fallo, y sólo, por tanto, de forma argumentativa, para lograr el resultado indemnizatorio o restitutorio; o c) que la sentencia declare, y lo haga en el fallo, la nulidad o ineficacia del acto. Pues bien, sólo en el tercer caso tendrá carácter consuntivo tal pronunciamiento del juez penal, provocando con ello el efecto de cosa juzgada.

2.3. Ineficacia, sí, pero ¿de qué tipo?

Decidido que el juez penal puede y debe ser quien declare ineficaz la enajenación llevada a cabo por el deudor alzado, salvo que haya existido reserva de acciones por parte del perjudicado, y decidido cuándo tendrá ello efecto de cosa juzgada, una cuestión bien distinta será ya el bueno,

(18) Así, FONT SERRA: *La acción civil...*, cit., p. 22.

mal o regular uso que la jurisdicción penal haga o venga haciendo en cada caso del Derecho civil aplicable. Como destaca PARRA LUCÁN, lo que no ha de valer es que el juez penal considere que si un contrato se ha celebrado en el marco de un delito, deba ser calificado de manera inmediata como de contrato ilícito, o que se anude automáticamente la declaración de nulidad a la obligación de restituir en los casos en que la cosa no se ha hecho irreivindicable (19). Si el juez penal tiene una competencia civil que le hace “ser juez civil” en cuantas cuestiones civiles se deban dilucidar, bien por ir vinculadas con los efectos de la represión (arts. 3 y ss. LECrim.), bien por tratarse de cuestiones ineludiblemente unidas al resarcimiento, lo que deberá hacer es conocer el Derecho civil aplicable, y si no lo conoce, que estudie (20). Todo menos recurrir a las consabidas y confortables soluciones de cajón de sastre. Por ejemplo, una cosa es que la venta de cosa ajena celebrada por quien se fingió dueño de lo vendido pueda ser declarada nula por existir dolo (art. 1.269 CC) y otra bien distinta que se declare nula por el hecho de ser ajena la cosa (21), o menos aún que se pueda afirmar su nulidad radical por causa ilícita o carencia de objeto (22). Y es que es muy habitual encontrar en las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo pronunciamientos sobre restitución escasamente técnicos, más bien basados en una especie de pseudo-principio universal de “restauración del orden jurídico” alterado que, si no se encaja en los mecanismos de la técnica jurídica, hacen recordar más

(19) PARRA LUCÁN: cit., p. 320.

(20) Con todo, bien es verdad que ha de ser el fiscal quien tome la iniciativa de hacerlo. Un ejemplo: pensemos en un delito de robo o hurto, y pensemos en que el objeto obra en poder de tercero que de buena fe la compró al ladrón. Como el tercero va a ser condenado a restituir al dueño la cosa que compró, el Ministerio público suele apiadarse de tan compungido responsable civil y, por economía procesal, dice que, al mismo tiempo que responsable civil, es un perjudicado por el delito (¿no será más bien que es él el responsable civil, pero que su perjuicio no deriva del delito sino de la sentencia que le obliga a restituir lo que compró de buena fe?). Resultado: que no tiene que litigar de nuevo contra el ladrón para que le sanee la venta, pues ya se ocupa el fiscal de pedir la devolución del precio para ese “tercero-responsable civil-perjudicado”. Pero como no se pide ni una de las restantes partidas que componen el saneamiento (art. 1.478 CC), no se le da lo que por ley le corresponde (así, ¿qué pasa si los gastos de la venta los pagó el comprador?). Me acuerdo que, comentando esto en una conferencia, un magistrado de Audiencia Provincial me espetó: “Yo sí me sé el saneamiento por evicción; el que no se lo sabe es el fiscal, a quien precisamente tengo a mi lado”.

(21) Sobre que la simple ajenidad de la cosa no hace a la venta de cosa ajena nula, véase CUENA CASAS: *Función del poder de disposición...*, cit., pp. 381 y ss.

(22) PARRA LUCÁN: loc. cit. Aunque tan plural abanico de soluciones lo encontramos también en la jurisprudencia de la Sala Primera. Sobre el tema, FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO (M.^a Carmen): “Venta de cosa ajena: ¿validez o nulidad?”, en *Jurisprudencia práctica* (Tecnos), número 70, Madrid, 1994. La autora diferencia las sentencias que califican válida la venta, las que la consideran anulable por error o por dolo y las que hablan de falta de objeto o de licitud de la causa.

a la “restitución de conciencia” de los tratados de la teología escolástica que a los postulados del Derecho objetivo (23).

A mi juicio, los pretendidos obstáculos para que el juez penal pueda pronunciarse sobre estas cuestiones no radican en que ello pueda suponer una ruptura del principio de división de jurisdicciones por razón de la materia, sino, simplemente, en la complejidad de las mismas. Complejidad que, a decir de MONTÉS PENADÉS, “puede aconsejar incluso que la sentencia penal resuelva las básicas y reserve a las partes acciones para otro procedimiento” (24). Acaso por esa dificultad que entraña el manejo fluido del Derecho civil patrimonial es por lo que la citada sentencia de 5 de febrero de 1980, refiriéndose a la posición doctrinal contraria y explicando cómo ha sido “gozosamente superada”, dice que fue abandonada “*con cierta nostalgia por parte de los remisos y menos laboriosos*”.

Por ejemplo, ha proclamado la sentencia de 21 de octubre de 1998, entre otras, que “en los supuestos de alzamiento de bienes en que se haya consumado el delito mediante el otorgamiento de una escritura pública, es preciso declarar la nulidad de ésta para restaurar el orden jurídico perturbado”. Lo de la “nulidad de los actos o negocios jurídicos celebrados” es una auténtica muletilla que excusa de la cita concreta. Pero ¿es cierto que lo que procede es declarar la nulidad? A mi juicio, así será cuando el alzamiento de bienes ha consistido en simular una enajenación que en realidad no ha tenido lugar, o cuando se demuestre que hubo auténtica transmisión, pero en la que deudor y adquirente actuaron en connivencia para hacer salir el bien de la garantía del acreedor. En el primer caso habrá causa falsa, y en el segundo, causa ilícita, y lo que procede declarar en ambos es la nulidad radical.

Pero no es así, en cambio, en lo que podríamos denominar alzamiento de bienes común: cuando existió efectiva transmisión y no quedó probada la complicidad del adquirente en el *manejo* del defraudador, el juez penal tiene ante sí solamente un caso de *rescisión* por fraude de acreedores (arts. 1.111, i.f. y 1.291-3.º CC), y no de nulidad. Cuídense mucho los jueces penales de justificarse aduciendo (como suelen hacer) que donde se dice “nulidad” se quiere decir “ineficacia”, pues (aparte de consideraciones de obvio carácter semántico: ¿desde cuándo han sido términos sinónimos?), si de auténtica nulidad se tratara, el alcance *erga omnes* de la declaración permitiría que una vez producida la restitución del bien al patrimonio del deudor, el acreedor tuviera que concurrir a la ejecución con

(23) Sobre ello, CARRASCO PERERA: “Restitución de provechos”, ADC, 1987, pp. 1061 y 1062.

(24) MONTÉS PENADÉS, en VIVES ANTÓN: *Comentarios al Código Penal de 1995*, tomo I, Valencia, 1996, p. 591.

otros acreedores que no intervinieron en el proceso (y hasta puede que alguno sea titular de crédito privilegiado). Pero en la rescisión no hay propiamente restitución material, ocurriendo, en cambio, que el bien vuelve al patrimonio del deudor a los solos efectos de enmendar el perjuicio del acreedor: el adquirente, en realidad, sigue siendo dueño del objeto adquirido en fraude, pero el acreedor podrá dirigir su ejecución contra el mismo, sin que tengan nada que alegar los restantes acreedores, a quienes, en cambio, sí se podrá decir que ellos no fueron parte en el proceso (25).

2.4. El procedimiento penal y las anotaciones preventivas.

Uno de los malos recuerdos que tengo de mi paso por los tribunales juzgadores de las Oposiciones a Judicatura y de mis conversaciones con los magistrados de lo penal y los fiscales que formaban parte de los mismos es la diaria comprobación del frecuente mal uso que se hace en la justicia penal del Derecho civil, tanto a la hora de plantearse la acción civil por el Ministerio público como a la hora de dictarse la sentencia correspondiente. Comprobé, por ejemplo, lo renuentes que son los jueces penales a creer en la viabilidad de la llamada anotación preventiva de querella. El simplón argumento que se usa consiste en decir: si el artículo 42 de la Ley Hipotecaria se refiere a la anotación preventiva *de demanda* es porque sólo cabe la anotación preventiva de demanda, pero no la de querella.

Un argumento semejante no se tiene de pie. Según ello, el acreedor que plantea la acción pauliana puede pedir anotación de la demanda para colocar el inmueble “en cuarentena”, logrando con ello que, si quien lo recibió en donación fraudulenta lo vende a tercero, éste no se encuentre protegido por la buena fe registral. En cambio, quien pretende lo mismo, pero lo pretende a través de una impropia *responsabilidad civil derivada de delito* en forma de la restitución acordada por el artículo 111 CP (que es en realidad una pauliana actuada en vía penal o, en su caso, una acción de nulidad radical), tiene que aguantarse si el donatario vende a tercero de buena fe: éste nunca podrá verse perjudicado por un asiento registral que no pudo hacerse porque el juez penal no quiso. Situación singular, pues lo que se anota preventivamente, a fin de que el inmueble quede parali-

(25) Es interesante el trabajo de FERNÁNDEZ CAMPOS: “Estudio comparado de la impugnación de actos jurídicos realizados en fraude de acreedores”, *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 1995 (véanse especialmente pp. 52 y ss.). Consúltese los trabajos, auténticamente imprescindibles, de PUIG PEÑA: “Teoría de la acción pauliana”, RDP, 1945 (y allí, pp. 478 y 479) y de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: “Causa ilícita y fraude de acreedores (comentario a la sentencia del TS de 26 de abril de 1962)”, ADC, 1962, p. 1089.

zando a la espera de que finalice la contienda, no es propiamente ni la demanda ni la querrela: es la *pretensión civil*, ya se ponga en juego en pleito civil, ya se actúe en proceso penal (26). Afortunadamente, ya se van conociendo decisiones en las que esto va estando ya bastante claro (27).

Y de igual manera, una vez declarada la ineficacia del título rescindiendo, si éste ha tenido acceso al Registro de la Propiedad, podrá anotarse preventivamente la ejecutoria, a la espera de que tenga lugar la rectificación registral conforme a lo dispuesto en el artículo 40 LH. Todo ello demuestra, en fin, que el Derecho civil que han de conocer jueces y fiscales no se agota en ese pequeño resumen de Derecho civil patrimonial contenido entre el artículo 109 y el 122 CP. Por ejemplo, y ya en otro orden de infracciones penales, es posible que el enjuiciamiento de determinados delitos societarios comporte medidas semejantes. El artículo 290 CP, por ejemplo, castiga a los administradores de una sociedad que falseen cuentas o documentos que hayan de reflejar la situación jurídica o económica de la misma, y lo hagan de forma idónea para causar un perjuicio económico. Pues bien, si la jurisprudencia es coherente con la línea que viene siguiendo en materia de insolvencias punibles, “el pronunciamiento en torno a la responsabilidad civil podría obligar a la restauración del orden jurídico alterado por la acción falsaria, declarando, por ejemplo, la nulidad del acuerdo de la Junta general aprobando las cuentas anuales falsificadas y la nulidad de su inscripción registral” (28).

3. La restitución de los bienes al patrimonio del deudor, una impropia llamada responsabilidad civil

Y es que no todo lo que el Código Penal califica como “responsabilidad civil” es propiamente responsabilidad civil. Si el dueño de un cuadro robado lo quiere recuperar del poseedor de buena fe que lo compró al ladrón, y lo quiere hacer en el proceso penal, esa impropia responsabilidad civil no es otra cosa que una acción reivindicatoria mobiliaria, que como tal está sujeta al plazo de seis años de la prescripción extintiva del artículo 1.962 CC. Y, de igual modo que puede suceder en vía civil, el comprador podrá argumentar que ya lleva poseyendo el cuadro más de tres

(26) Sobre el tema, MARTÍN PASTOR: “La anotación preventiva de querrela (sobre la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado)”, RCDI, 1998, pp. 1883 y ss.

(27) Por todas, véanse las resoluciones de la DGRN de 14 de noviembre de 2000 (EDE 47462) y 13 de diciembre de 2000 (EDE 53882).

(28) DEL ROSAL BLASCO, en VIVES ANTÓN (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996, volumen II, p. 1424. Ello aparte, naturalmente –añade el autor–, de lo que corresponda decir sobre la indemnización de daños y perjuicios.

años para oponer la usucapión del mismo en vía penal (arts. 464 y 1.955 CC). Para nada nos tendremos que plantear el eterno problema de si el plazo de la responsabilidad civil derivada del delito es de un año o de quince (29). Otro tanto de lo mismo sucederá cuando en el proceso penal se enjuicie un delito de simulación de contrato en perjuicio de tercero (modalidad de estafa, según el art. 251.3.º CP): si la Hacienda Pública quiere que la donación encubierta con la tapadera de la compraventa tribute como donación y no como compraventa, nada de responsabilidad civil propiamente dicha se verá en la llamada “pieza de responsabilidad civil”. De lo que en ésta se deberá hablar es de causa falsa y del artículo 1.276 CC. Y si se tiene que hablar de prescripción, será de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad radical y de la prescripción extintiva de quince años, propia de la pretensión restitutoria (art. 1.964) (30).

Pero es lógico sospechar que no se hacen así las cosas. O que no se hacen de ninguna manera. Pensemos en un problema clásico en la doctrina general del contrato, agudizado por el hecho de que, cuando el Código Civil asigna un plazo de cuatro años a la rescisión por fraude (art. 1.299), no dice nada acerca de cuándo debe comenzar el cómputo. El ejemplo cómodo de la acción pauliana que se ejercita cuando el crédito ya ha vencido y el fraude se comete después para evitar que el acreedor cobre, se ve acompañado por otros supuestos más complejos. Pensemos en la situación: antes de que venza y sea exigible la deuda contraída en su día, el fraude tiene lugar en previsión de la inminente llegada del término. Es antigua la discusión acerca de si en estos supuestos [que tanto valdría para las obligaciones a término como para las sometidas a condición suspensiva (31)] procede o no la acción pauliana. COLIN y CAPITANT entienden que no, pues, al tratarse de una acción subsidiaria, es necesario que el acreedor se haya dirigido ya contra el patrimonio del deudor, lo que parece imposible si el crédito todavía no ha vencido (32). Sin embargo, ellos mismos hacen la oportuna matización, enteramente trasladable a nuestro Derecho: si después de contraída la obligación, el deudor resulta insolven-

(29) Tema del que me he ocupado en distintos lugares. El más reciente, *Sistema de responsabilidad...*, cit., pp. 69 y ss.

(30) YZQUIERDO: “Tipología del justo título en la usucapión: Crónica de una cuestión pendiente”, ADC, 2001, pp. 598 y ss.

(31) Lo admite para el acreedor a término, pero no para el acreedor *sub conditione*, RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*, tomo II, volumen 1.º, Madrid, 1977 (trad. y notas de SERRANO SÚÑER y SANTA CRUZ TEJEIRO), p. 169. Para ambos casos, MONTÉS PENADÉS: “La defensa del derecho de crédito”, lección 12 de VALPUESTA FERNÁNDEZ (coord.): *Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 1994, p. 219.

(32) COLIN y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, cit., tomo III, p. 99. Entre nosotros, DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil*, tomo II (revisada y puesta al día por COSSÍO y GULLÓN), Madrid, 1969, p. 82.

te, y salvo que garantice la deuda, pierde todo derecho a utilizar el plazo (art. 1.188 del Código francés y 1.129-1.º del nuestro), con lo que el acreedor a plazo que demuestra la insolvencia del deudor puede, por lo tanto, intentar la acción pauliana (33).

Pero, claro está, para ello será necesario que el acreedor conozca la insolvencia. Y es que lo más habitual será que conozca el fraude no antes de la llegada del vencimiento del crédito. Contar el plazo desde la enajenación fraudulenta lleva a la tesitura intolerable de que la acción pueda haber expirado sin que el que la podía ejercitar supiese del propio nacimiento de la acción: así será si desde el momento del fraude hasta la expiración del término existe un lapso superior a cuatro años (art. 1.299 CC) y el acreedor defraudado conoce el acto cuando el término haya vencido ya (lo normal será, desde luego, que lo conozca cuando llegue el día de exigir el pago o cumplimiento). La pérdida del beneficio del plazo y la consiguiente exigibilidad automática de la deuda se había producido desde que el deudor devino insolvente, con lo que seguirá conservando la vana esperanza de una acción de cumplimiento (quince años, art. 1.964) frente a la que no habrá bienes con los que cumplir, por haber escapado fraudulenta y subrepticamente del patrimonio del deudor aquellos cuya restitución no cabe por haber caducado la pauliana.

Frente a la tesis que sitúa el *dies a quo* en la celebración del acto fraudulento, que en ocasiones como la descrita hace triunfar al fraude, se alza la de quienes entienden que el plazo de la acción sólo cuenta desde el momento en que la deuda es exigible, o la de quienes prefieren escoger el momento de la verificación de la insolvencia o el del conocimiento por el acreedor de la celebración del acto defraudatorio (34). Y mientras tanto resulta que el legislador penal no lo duda: puede existir delito de alzamiento de bienes cuando se contrae una obligación y, antes de que llegue su vencimiento, el deudor realiza actos de empobrecimiento patrimonial. Si el deudor se alza con los bienes después del nacimiento de la deuda, el ordenamiento penal confiere al acreedor la posibilidad de accionar por delito para que no tenga que esperar impasible la llegada del vencimiento, pues no hace falta efectiva insolvencia, sino la simple realización de actos de ocultación realizados con ánimo de perjudicar al crédito (*vid. infra*, 5).

Y hasta hay que felicitarse de que el Derecho penal garantice la protección del derecho de crédito frente a tanto golfo desaprensivo que no

(33) *Ibidem*.

(34) Me remito a cuanto traté en *Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*, Madrid, 1998, pp. 216 y ss.

quiere ni oír hablar de deudas ya nacidas pero aún no ejercitables (35). Pero la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con su exótica manera de entender la prescripción de la responsabilidad civil invita en buena medida a los abogados de los acreedores más recelosos o temerosos a que recelen también de los mecanismos de un Derecho civil que se prefiere calificar de vetusto e inútil antes que reconocer que no se tienen ganas de estudiarlo, y a lanzarse *en plancha* al confortable, barato y expeditivo cobijo de la justicia penal. Como la declaración de responsabilidad civil conllevará que en la propia sentencia penal se rescindan los actos considerados fraudulentos, se logrará con seguridad en el proceso criminal lo que sería difícil conseguir en el civil, sede en la que, al menos, parece que el acreedor ha de plantearse una variada y complicada tipología de supuestos (por no entrar en los casos en que el empobrecimiento del deudor tiene lugar incluso antes de que el derecho de crédito nazca, pero precisamente porque se sabe y se quiere que nazca).

Repito que, en más de un caso, la pretensión civil adherida al proceso penal estará prescrita (o, mejor, caducada), aunque no lo esté la responsabilidad criminal. Y entonces el juez penal efectuará un cómodo silogismo, tan cómodo como falso: si no ha prescrito el delito, tampoco lo puede haber hecho la responsabilidad civil. Si la pretensión civil se hubiese puesto en juego a través de la pauliana en la jurisdicción civil, a buen seguro el juez tendría que entrar más de una vez a desenmarañar el escurridizo problema del comienzo del cómputo del plazo de cuatro años de que trata el artículo 1.299 CC. Pero como la prescripción del delito no toma en consideración este tipo de cosas, se logrará que el juez penal “pique”, entendiendo que la responsabilidad civil consistente en la restitución de bienes al patrimonio del deudor defraudador (eso que podría llamarse, también impropriamente, “pauliana penal”) es algo que cuenta su plazo como

(35) Entre otras, pueden verse las sentencias de 4 de julio de 1991 (RAJ 5531) y 25 de noviembre de 1992 (RAJ 9526): “(...) constituye un punto de partida o presupuesto básico para la posible estimación del delito de alzamiento de bienes, la existencia de uno o más créditos contra el sujeto activo, «generalmente preexistentes, reales, serios y graves, y de ordinario vencidos, líquidos y exigibles», empleándose las locuciones adverbiales «generalmente» y «de ordinario», pues es muy frecuente que los defraudadores, ante la inminencia o proximidad del advenimiento de un crédito futuro, de su liquidez o de su irremisible vencimiento, augurando un evidente perjuicio para sus intereses patrimoniales que no desean erosionarse, se adelanten o anticipen a la materialización del crédito o créditos, a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, frustrando y abortando las legítimas expectativas de sus acreedores, mediante la adopción de medidas de desposesión de sus bienes, tendentes a burlar los derechos de aquéllos y a eludir su responsabilidad patrimonial, la que, como ya se ha dicho, no por tener que concretarse en el futuro, dejará normalmente de llegar a constituir amenaza potencial para el deudor remiso en el cumplimiento de sus obligaciones, *porque nada impide que, ante la perspectiva de una deuda ya nacida pero aún no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento*”. Véase también la de 20 de enero de 1993 (RAJ 135).

lo hace la acción pública. Y lo cierto es que, si el alzamiento de bienes tiene una prescripción de cinco años en el caso de que la pena de prisión sea superior a cuatro años (arts. 13.1, 33.2.^a y 131.1 p.º 4.º), la rescisión por fraude tiene su propio plazo, y que además es de caducidad (cuatro años, art. 1.299 CC).

Y todo debido a la inveterada costumbre de la justicia penal de cometer dos errores: el primero, considerar que la responsabilidad civil derivada de delito se ve gobernada, en lo que a su prescripción se refiere, por las normas de la prescripción de los delitos (36). Y el segundo, entender que lo que hay en la restitución del artículo 111 es una auténtica responsabilidad civil (37).

4. Finalidad única de esta sedicente acción pauliana

En relación con el delito de alzamiento de bienes, la jurisprudencia ha entendido constantemente que la responsabilidad civil derivada del mismo no puede consistir en que el alzado pague la deuda al acreedor defraudado. Se entiende así sobre la base de que la deuda existe como producto de una relación jurídica válida que, por definición, preexiste al delito, no tratándose entonces de una responsabilidad que derive de éste, sino de una fuente anterior (38). “Las cantidades adeudadas y sus intereses (...) habían nacido en virtud de una relación contractual válidamente contraída con anterioridad al hecho delictivo por lo que no puede establecerse su pago, como consecuencia del delito de alzamiento de bienes”, dice la sentencia de 18 de junio de 1999 (RAJ 4142). Según eso, la responsabilidad civil sólo podrá comprender el perjuicio efectivamente producido por el delito, y ello no supondrá otra cosa –según lo que ya es una auténtica fórmula de estilo de las sentencias– que restituir el orden jurídico pertur-

(36) Cosa curiosa: la justicia civil entiende incorrectamente que el plazo es de quince años, y la penal confunde la prescripción de la acción civil con la de la acción pública. No sé cuál de las dos jurisdicciones se confunde más, pero desde luego se confunden las dos.

(37) Añádase a ello que, según el apartado 2.º del artículo 257.1, también es reo de insolvencia punible quien, con el fin de perjudicar a sus acreedores, realice acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación. Hay punición, pues, de los actos obstruccionistas llevados a cabo ante deudas que pueden no estar todavía vencidas.

(38) En este sentido, QUINTERO OLIVARES: *El alzamiento de bienes*, Barcelona, 1973, pp. 135 y ss. También en *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, tomo III, Madrid, 1965, pp. 135 y 136. Últimamente, SOTO NIETO: “La responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes”, *La Ley*, 24 de abril de 2001, pp. 15 y 16. También DEL ROSAL BLANCO: “Las insolvencias punibles, a través del análisis del alzamiento de bienes, en el Código penal”, en ADPCP, 1994, II, pp. 30 y 31.

bado por la infracción, que en tales casos no puede ser otra cosa que reintegrar al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sacados del mismo para que respondan del crédito. Ello conlleva, como hemos visto, la necesidad de declarar la ineficacia de los títulos otorgados, pero nunca el pago de la deuda. La idea no es una novedad emanada de la jurisprudencia recaída ya con la vigencia del Código de 1995: que para cobrar el crédito hay que intentar la acción civil posterior, una vez recuperada la garantía patrimonial del deudor, y que la responsabilidad civil no puede comprender el pago del crédito defraudado es idea constante que se puede encontrar por doquier en la jurisprudencia (39). Se suele recurrir a los argumentos *a simili* que se podían ofrecer cuando la emisión de cheque en descubierto era considerada delito. En el fallo del juez penal no podía condenarse al culpable a la responsabilidad en que consistiese el importe del cheque. Si el cheque era y es independiente del negocio subyacente, y el bien jurídico protegido no era el patrimonio, sino el tráfico mercantil y el crédito público (sentencia de 2 de noviembre de 1977, RAJ 4203) (40), el impago de la cantidad consignada en el título en descubierto era en realidad consecuencia, no del delito, sino del incumplimiento de una obligación anterior sobre cuya causa moral o inmoral, lícita o ilícita, no podía pronunciarse el juez penal (41).

Sin embargo, aprehendidas todas las piezas de la tutela del crédito en vía penal en su conjunto, hay demasiadas cosas que no encajan. Dice RUIZ MARCO que, si se trata de restaurar el orden jurídico perturbado, lo cierto es que esa perturbación ha tenido lugar desde el momento en que el deudor ha incumplido su obligación y, precisamente para evitar las consecuencias de su incumplimiento, ha tratado de hacer ineficaz el mecanismo de la garantía patrimonial universal. Restablecer la solvencia patrimonial del deudor es algo meramente instrumental de lo que ha de ser la verdadera restauración del orden jurídico: paliar los efectos de un delito que trataba de hacer imposible que el acreedor cobrase (42). Y es que si,

(39) Véanse las sentencias de 16 de noviembre de 1971 (RAJ 5204), 30 de diciembre de 1983 (RAJ 6764), 11 de junio de 1984 (RAJ 3539), 14 de marzo de 1985 (RAJ 3857), 19 de enero de 1988 (RAJ 386), 27 de septiembre de 1990 (RAJ 7254), 16 de marzo de 1992 (RAJ 2271), 12 de junio de 1992 (RAJ 5213) o 26 de marzo de 1993 (RAJ 2584). En la de 12 de abril de 1991 (RAJ 2702) se admite el recurso contra la sentencia *a quo*, que había condenado al pago de la deuda: "lo que la resolución recurrida hace no es otra cosa que fijar una indemnización de daños y perjuicios cifrada en el montante de la deuda que se pretendía eludir". Del tema traté en *Aspectos civiles...*, cit., pp. 424 y ss.

(40) Ello, salvo que el comportamiento del emisor sea, dado su posible ánimo de lucro y el perjuicio causado, delito de estafa. Así, MUÑOZ CONDE: *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1993, p. 314.

(41) Véase CHAMORRO y PÉREZ ESCOLAR: "Del cheque en descubierto (en torno al artículo 563 bis del Código penal)", *Revista de Derecho mercantil*, 1964, pp. 57 y ss.

(42) RUIZ MARCO: *La tutela penal...*, cit., pp. 363 y 364.

de hecho, la ley permite que en los delitos de quiebra, concurso y suspensión de pagos, la responsabilidad civil se incorpore a la masa (art. 260.3, inciso final) (43), no acierto a entender por qué razón no se podría decir lo mismo en el alzamiento de bienes, por más que en las quiebras estemos ante delitos de lesión y en el alzamiento en presencia de un delito de peligro. ¿O es que en la quiebra las deudas del quebrado no nacieron también con anterioridad al propio delito?

También en el delito de impago de prestaciones sucede algo parecido: el artículo 227.3 CP establece que *“la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cantidades adeudadas”*, esto es, el pago de unas cantidades que existían ya en virtud de un convenio regulador o de una sentencia de separación, divorcio o nulidad matrimonial. El inconveniente está ahí (44), pero el dato también. Y lo mismo cabe decir en otros órdenes de delitos, pues la solución de que el condenado pague es justo la que el ordenamiento ofrece en el ámbito de otra conducta delictiva: en los delitos regulados por la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, una norma parecida se encuentra en el artículo 4.º: *“La responsabilidad civil que proceda declarar a favor del Estado derivada de los delitos de contrabando se extenderá en su caso al importe de la deuda aduanera y tributaria defraudada”*.

Y hasta hay casos, como ocurre con los delitos contra la Hacienda Pública, en que nada dispone el Código Penal, sin que ello le sirva de obstáculo al Tribunal Supremo para decir que la responsabilidad civil derivada del delito fiscal comprende las cuotas del IRPF retenidas y apropiadas: así se puede leer en las sentencias de 3 de diciembre de 1991 (RAJ 8964), 5 de noviembre de 1991 (RAJ 7948), 24 de febrero de 1993 (RAJ 1530) y 25 de febrero de 1998 (EDE 663). Para hacer esta afirmación no parece obstar el hecho innegable de que la deuda tributaria tiene un nacimiento anterior a la infracción penal: hay quien argumentará que no es el contribuyente “un simple deudor de obligaciones económicas frente a un acreedor, el Estado, sino el responsable de una infracción que debe soportar una sanción. El mecanismo sancionatorio sólo muy superficialmente puede ser equiparado al de la relación jurídico-obligacional” (45).

(43) Al amparo del Código Penal de 1973, en el que nada se decía al respecto, ya la sentencia de 20 de junio de 1977 declaró que la responsabilidad civil derivada del delito de quiebra comprende el importe del crédito defraudado.

(44) Ya he dicho en otra ocasión que el “tiempo dirá si el sistema resultante traerá o no consigo el que los abogados de los beneficiarios de las prestaciones, a la vista de lo infrecuente que resulta en la práctica que los jueces de familia adopten las medidas de aseguramiento que afiancen debidamente la efectividad de los pagos (arts. 90, p.º 4.º, 93, p.º 1.º y 103, 3.ª CC), se lancen a tumba abierta a la justicia penal a fin de conseguir allí el cobro para sus clientes”. Sobre ello, mi *Aspectos civiles...*, cit., pp. 455 y 456.

(45) MUÑOZ CONDE: *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1993, p. 323.

O mejor, se dirá que la comisión del delito produce una especie de intervención o mutación del título, de tal manera que determina que lo que comenzó siendo una típica obligación *ex lege* (art. 1.090 CC), se ha convertido en una obligación *ex delicto* (art. 1.092).

Desde luego, el perplejo acreedor que decidió intentar la vía penal se sorprenderá bastante, no ya de que el deudor condenado como delincuente no ingrese en prisión (como ocurrirá cada vez que actúe la remisión condicional de la pena, cosa harto frecuente en esta delincuencia “de cuello blanco”), ni tampoco de que no exista previsión alguna del pago de multas, sino sobre todo de que no se le obligue en la vía penal a pagar la deuda que quiso burlar. No estoy con ello queriendo decir que lo deseable sería la solución contraria, pero desde luego alguien debería explicar por qué en unos delitos (quiebra, impago de prestaciones, contrabando, delitos fiscales) se produce esa mutación del título (46) que provoca que el condenado tenga que pagar y por qué en otros (alzamiento de bienes) no sucede igual. Una revisión en conjunto de la tutela del crédito en vía penal sería, desde luego, muy bien recibida por la sociedad.

Por lo pronto, la línea de decisión que niega la posibilidad de que el acreedor perjudicado por el alzamiento de bienes cobre el importe del crédito defraudado, como concepto comprendido en la responsabilidad civil derivada del delito, ha encontrado una lógica fisura, cuando ocurra que, siendo ya líquido y exigible el crédito, y habiéndose ya declarado así en vía civil, no hubiera podido llevarse a cabo la ejecución precisamente a causa del alzamiento del deudor. Para casos así, las sentencias de 14 de julio de 1986 (RAJ 4323) y 29 de diciembre de 2000 (EDE 67094) condenan al pago de la deuda (47).

5. Las disfunciones de un delito perseguible de oficio

El mayor problema no lo constituye el hecho de que las normas penales no exijan ninguna otra condición, añadida a las exigencias de las normas civiles, para que la enajenación fraudulenta provocadora de la insolvencia sea, al tiempo que rescindible, constitutiva de delito. Si se ven los elementos exigidos por la jurisprudencia penal (48), la coincidencia es ple-

(46) Mutación del título cuya falta de soporte técnico conlleva sus peligros: si el delito lo comete el directivo de una sociedad para defraudar la deuda que pesaba sobre ésta, resultaría que la sociedad, que era deudora directa, pasaría a ser responsable subsidiaria, y el directivo delincuente, que no era deudor, sería el responsable civil directo.

(47) Lo mismo cabe deducir, aunque en pronunciamiento *obiter dictum*, de la de 16 de marzo de 1992 (EDE 2523).

(48) Por todas, pueden verse, de entre las de los últimos años, las sentencias de 12 de abril de 2000 (EDE 7033) o la de 27 de noviembre de 2001 (EDE 46432).

na: “sustracción por el deudor al destino solutorio de sus obligaciones, de bienes propios”, también es algo que se exige para que el contrato sea rescindible. Acaso la diferencia esté en que al Derecho civil le basta con la maniobra fraudulenta, querida y buscada, mientras que el Derecho penal pedirá “un dolo específico de causar perjuicio a los acreedores”. En efecto, si el dolo contractual no precisa voluntad de dañar, sino sólo voluntad de incumplir, aquí puede estar el dato diferencial. Pero se hace difícil pensar que quien dona bienes en fraude de acreedores no quiera, propiamente, causarles un perjuicio. En fin, termina sucediendo que la jurisprudencia penal exige un *eventus damni* (las dudas están a la hora de saber de qué perjuicio estamos hablando) y un *consilium fraudis*, que es justo lo que se viene pidiendo para que la acción pauliana prospere, desde que fue diseñada por el Derecho pretorio. Si del análisis de una sentencia cualquiera en la que se trate, por ejemplo, de una donación efectuada ante la exigibilidad de una deuda tributaria (49) o de unas cambiales libradas y aceptadas para impedir la ejecución de los únicos bienes que había como embargables (50), se prescindiera de la lectura de determinados párrafos, no sería nada fácil deducir de qué orden jurisdiccional procede la sentencia.

Se dirá, no obstante (y con razón), que el dato diferenciador se halla en que la acción pauliana precisa una insolvencia real, de manera que el perjuicio del acreedor radica en un efectivo empobrecimiento patrimonial (como se ha ocupado de recordar últimamente la sentencia de 20 de diciembre de 2001, EDE 53910), mientras que, por el contrario, el delito de alzamiento de bienes se consuma sin necesidad de una insolvencia real y efectiva, bastando una ocultación de bienes que obstaculice razonablemente la vía de apremio. Paradójicamente (y a diferencia de lo que suele ser lo habitual por obra del principio de intervención mínima), unas conductas de menor gravedad sí encuentran castigo penal, aunque no merecen respuesta civil, como lo demuestra el que la jurisprudencia penal diga que el perjuicio real pertenece, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento, y de ahí que las sentencias añadan al término insolvencia los adjetivos de total o parcial, real o ficticia, indicando que “no es necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo” (así, sentencia de 27 de noviembre de 2001, EDE 46432 y, en análogo sentido, otra de fecha idéntica, EDE 48000). Si, en cambio, para que prospere la rescisión del acto fraudulento, sí hace falta insolvencia real, entonces queda claro que todo supuesto de fraude con efectiva producción de insolvencia constituye delito. Que todo supues-

(49) Así, la de la Sala 1.^a de 28 de diciembre de 2001 (EDE 53962).

(50) Así, la de la Sala 2.^a de 4 de diciembre de 1998 (EDE 27846).

to ante el cual el Derecho civil reacciona suministrando la acción pauliana es también, en definitiva, un caso constitutivo de delito perseguible de oficio.

Ello trae consigo el que las insolvencias provocadas, que dan como resultado la efectiva lesión del crédito, se están viendo ante los jueces civiles o ante los penales en función de cuál haya sido la vía escogida por el acreedor perjudicado. Cosa ésta que, desde un punto de vista estrictamente técnico, tampoco se logra explicar convenientemente: si el alzamiento de bienes es un delito perseguible de oficio, la verdad es que cada vez que se plantea una reclamación civil a la búsqueda de provocar la ineficacia de un acto o negocio a través del instituto de la rescisión por fraude (donde, por definición, de prosperar será porque el acto o negocio ha provocado una situación de real insolvencia), el juez civil debería paralizar el procedimiento para que se pronunciara la justicia penal. Del artículo 114 LECrim. (51) no sólo cabe deducir que el juicio civil se debe suspender cuando se tenga conocimiento de la causa penal pendiente, sino también que la tramitación del procedimiento civil debe quedar suspendida si el juez aprecia indicios de delito perseguible de oficio, pues en tal caso ha de deducir testimonio de particulares al juez penal para que, en su caso, se proceda a la depuración de las responsabilidades criminales. No es que la regla *le criminel tient le civil en état* provoque solamente la paralización del procedimiento civil por la preexistencia de una causa penal, sino que también produce el mismo efecto si de lo que se trata es de que la causa criminal no ha comenzado y es preciso que comience.

Como, en lo que toca a las consecuencias civiles, el acreedor que prefiera intentar la vía penal sólo consigue en tal sede lo que lograría ejercitando la acción pauliana (a saber, que regresen al patrimonio del deudor los bienes que no debían haber salido de él), pero nunca cobrar el importe del crédito (52), la pregunta surge inmediatamente: ¿de qué le vale entonces al acreedor el recurso a la vía penal? Si al menos cuando la insolvencia del deudor ha sido real y efectiva ocurriera en el alzamiento de bienes lo que pasa en los delitos de quiebra [inclusión de los créditos en la responsabilidad civil (53)], de impago de prestaciones o de

(51) Dice este precepto: "*Promovido juicio criminal no pueda seguirse pleito alguno sobre el mismo hecho, procediéndose, en su caso, a suspender éste en el estado en que se hallare hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal*".

(52) Nunca, salvo que el acreedor tenga la suerte de que el juez comulgue con la línea excepcional descrita en el último párrafo del epígrafe anterior.

(53) No así, evidentemente, cuando el delito se ha consumado sin producción de efectiva insolvencia, pues no tendría ningún sentido que la pauliana sea una acción que es hasta cuatro veces calificada como subsidiaria en el Código Civil (arts. 1.111 i.f., 1.291.3.º, y dos veces en el art. 1.293) y sólo logre que vuelvan al patrimonio del deudor los bienes que salieron indebidamente de él, y que en cambio sí pudiera cobrar en vía penal el acreedor que logra incriminar con éxito al deudor que comete alzamiento sin producción de efectiva insolvencia.

contrabando, a lo mejor tendría cómoda respuesta la pregunta que formulara el sorprendido acreedor. En un sistema como el diseñado por el Código Penal, en el cual el tipo no requiere resultado lesivo, sino solamente riesgo o tendencia, que el deudor condenado penalmente por alzamiento de bienes no pueda ser obligado a pagar el montante de la deuda se entiende cuando el delito por el que se le haya condenado consista en una actuación que no haya provocado propiamente un efectivo perjuicio para el acreedor en forma de insolvencia, sino sólo una situación de peligro o de entorpecimiento de la ejecución. Pero no es nada cómodo pensar en la cara que va a poner el acreedor cuando haya que decirle que, ante un delito que conllevó perjuicio auténtico para su derecho de crédito, será solamente su grado de indignación el que deba decidir si recurre a la acción pauliana o inicia un procedimiento penal. Cuando haya que decirle que *cobrar, lo que se dice cobrar*, no lo va a conseguir directamente ni por una vía ni por la otra, pero que, en fin... una querrela criminal siempre *escuece* bastante más que una demanda civil.

**NOTAS SOBRE LA LEY
DE PRESUPUESTOS GENERALES
DEL ESTADO (LEY 30/2005,
DE 29 DE DICIEMBRE) Y LA LEY 13/2005,
DE 27 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS
TRIBUTARIAS Y ADMINISTRATIVAS
DE LAS ILLES BALEARS (*)**

EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS
Notario Honorario

I. LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO

Por segundo año consecutivo esta ley ha nacido sola, triste y abandonada, sin su fiel compañera (Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social). Se respeta así –como destaca su Exposición de Motivos, reiterando las palabras utilizadas en la E. de M. de la Ley de Presupuestos Generales del Estado del año anterior (Ley 2/2004, de 27 de diciembre)– la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha ido precisando el contenido posible de la Ley Anual de Presupuestos Generales del Es-

(*) Circular número 8, de 2 de febrero de 2006, de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de las Islas Baleares.

tado (contenido necesario: determinación de la previsión de ingresos y la autorización de gastos que puedan realizar el Estado y entes a él vinculados o de él dependientes en el ejercicio de que se trate; y contenido eventual: estrictamente limitado a las materias o cuestiones que guardan directa relación con las previsiones de ingresos, las habilitaciones de gastos o los criterios de política económica general, que sean complemento necesario para la más fácil interpretación y más eficaz ejecución de los Presupuestos Generales del Estado y de la política económica del Gobierno) y en materia tributaria el apartado 7 del artículo 134 de la Constitución, al disponer que la Ley de Presupuestos no puede crear tributos, aunque sí modificarlos, cuando una Ley tributaria sustantiva así lo prevea.

Tras este recordatorio (*vid.* Circular núm. 13/2005 de esta Comisión) pasamos a examinar las Normas Tributarias y aquellas otras Disposiciones que consideramos interesantes desde la óptica notarial.

A) Normas Tributarias (tít. VI, arts. 57 a 74)

1. Impuestos directos.

a) *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.*

La principal medida que se adopta –leemos en el apart. VII de la repetida Exposición de Motivos– es la actualización de la tarifa del Impuesto, en sus dos escalas, la estatal y la autonómica o complementaria, al objeto de evitar la denominada “progresividad en frío” y de proteger a los contribuyentes de rentas bajas, quienes podrían verse más perjudicados por la falta de actualización de la tarifa. Además, a efectos del cálculo de las ganancias patrimoniales, derivadas de bienes inmuebles, se incluye la actualización de los coeficientes correctores de valor de adquisición al 2 por 100.

Dedica esta ley a regular los extremos expuestos los siguientes artículos:

— *Artículo 57. Coeficientes de actualización del valor de adquisición.* A efectos de lo previsto en el apartado 2 del artículo 33 del texto refundido de la Ley del IRPF (RD Legislativo 3/2004, de 5 de marzo), para las transmisiones de bienes inmuebles no afectos a actividades económicas que se efectúen durante el año 2006, los coeficientes de actualización del valor de adquisición serán los siguientes:

Año de adquisición	Coefficiente
1994 y anteriores	1,1690
1995	1,2597
1996	1,2167
1997	1,1924
1998	1,1692
1999	1,1482
2000	1,1261
2001	1,1040
2002	1,0824
2003	1,0612
2004	1,0404
2005	1,0200
2006	1,0000

Cuando las inversiones se hubieran efectuado el 31 de diciembre de 1994, será de aplicación el coeficiente 1,2597.

Tratándose de bienes inmuebles afectos a actividades económicas, los coeficientes aplicables para la actualización del valor de adquisición serán los previstos para el Impuesto sobre Sociedades en el artículo 60 de esta Ley de Presupuestos, que veremos más adelante.

— *Artículo 58. Escala general del Impuesto.* Con vigencia exclusiva para el ejercicio 2006, el artículo 64 de la Ley del IRPF queda redactado como sigue:

1. Tipos de gravamen.

Base liquidable	Cuota íntegra	Resto base liquidable	Tipo aplicable
Hasta euros	Euros	Hasta euros	Porcentaje
0,00	0,00	4.161,60	9,06%
4.161,60	377,04	10.195,92	15,84%
14.357,52	1.992,07	12.484,80	18,68%
26.842,32	4.324,23	19.975,68	24,71%
46.818,00	9.260,22	en adelante	29,16%

2. Se entenderá por tipo medio de gravamen estatal el derivado de multiplicar por 100 el cociente resultante de dividir la cuota obtenida por la aplicación de la escala prevista en el apartado anterior para la base liquidable general. El tipo medio de gravamen estatal se expresará con dos decimales.

— *Artículo 59. Escala autonómica o complementaria del Impuesto.* Se vuelve a dar nueva redacción al artículo 75 LIRPF, de modo que la base liquidable general será gravada a los tipos de la escala autonómica que hayan sido aprobados por cada Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo previsto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las CCAA de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

Si la Comunidad Autónoma no hubiese aprobado la escala a que se refiere el párrafo anterior, será aplicable la siguiente escala complementaria:

Base liquidable	Cuota íntegra	Resto base liquidable	Tipo aplicable
Hasta euros	Euros	Hasta euros	Porcentaje
0,00	0,00	4.161,60	5,94%
4.161,60	247,20	10.195,92	8,16%
14.357,52	1.079,19	12.484,80	9,32%
26.842,32	2.242,77	19.975,68	12,29%
46.818,00	4.697,78	en adelante	15,84%

La forma de determinar el tipo de gravamen autonómico o complementario es la misma expuesta en el artículo anterior (el derivado de multiplicar por 100 el cociente resultante de dividir la cuota obtenida por la aplicación de la escala prevista en el apartado anterior por la base liquidable general). También se expresará con dos decimales.

* * *

Se completan las novedades en materia de IRPF con las disposiciones que permiten compensar la pérdida de beneficios fiscales que afectan a determinados contribuyentes con la vigente Ley, como son los arrendatarios y adquirentes de vivienda habitual, respecto a los establecidos en la anterior Ley reguladora de este impuesto (Ley 18/1991, de 6 de junio) y que están contenidas en las dos primeras disposiciones transitorias, a saber:

— *Disposición transitoria primera. Compensación fiscal a los arrendatarios de vivienda habitual en 2005.* Se mantiene la misma cuantía de la deducción (el 10 por 100 de las cantidades satisfechas en 2005, por el alquiler de la vivienda habitual), con el mismo tope o límite de 601,01 euros anuales.

El importe de la deducción se restará de la cuota líquida total del Impuesto, después de las deducciones por doble imposición a que se refiere

ren los artículos 81 y 82 del Texto Refundido de la LIRPF (deducción por doble imposición de dividendos y deducción por doble imposición internacional, respectivamente).

Tienen derecho a esta deducción los contribuyentes con deducción por alquiler de vivienda habitual en el IRPF en el año 1998, cuyos contratos de alquiler fueran anteriores al 24 de abril de 1998 y se mantengan en el ejercicio 2005, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que la suma de las partes general y especial de la renta del período impositivo minorada en las reducciones reguladas en el artículo 51 y en el apartado 3 del artículo 58 del Texto Refundido de la LIRPF (por rendimientos del trabajo y por discapacidad de trabajadores activos, respectivamente) no sea superior a 21.035,42 euros en tributación individual o 30.050,61 euros en tributación conjunta. Se mantienen, por tanto, los mismos topes de la Ley de Presupuestos de 2005 (Ley 2/2004, de 27 de diciembre).

b) Que las cantidades satisfechas en 2005 en concepto de alquiler excedan del 10 por 100 de los rendimientos netos del contribuyente. El porcentaje tampoco es alterado.

— *Disposición transitoria segunda. Compensación fiscal por deducción en adquisición de vivienda habitual en 2005.* Se mantiene en la misma línea de la Ley de Presupuestos del año anterior y no se alteran ni las fechas, ni los porcentajes, ni los topes, salvo, lógicamente, las referencias al año, que es el 2005, en lugar del 2004.

Los contribuyentes que hubieran adquirido su vivienda habitual con anterioridad al 4 de mayo de 1998 y puedan aplicar en 2005 la deducción prevista en el artículo 69.1 del Texto Refundido (deducción por inversión en vivienda habitual) tendrán derecho a esta deducción, cuya cuantía será la diferencia positiva entre el importe del incentivo teórico que hubiera correspondido, de mantenerse la normativa vigente a 31 de diciembre de 1998, y la deducción por inversión en vivienda que proceda para 2005.

El incentivo teórico de referencia se obtendrá mediante la suma de las siguientes cantidades:

a) El resultado de aplicar el tipo medio de gravamen (que es el obtenido de sumar los tipos medios, estatal y autonómico, a los que se refieren los arts. 64.2 y 75.2 del texto Refundido) a la magnitud resultante de sumar los importes satisfechos en 2005 por intereses de capitales ajenos invertidos en la adquisición de la vivienda habitual, con el límite de 4.808,01 euros en tributación individual o 6.010,12 euros en tributación

conjunta, y por la cuota y los recargos, salvo el apremio, devengado por el IBI, menos la cuantía del rendimiento imputado que hubiera resultado de aplicar el artículo 34.b) de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF (rendimiento de inmuebles no arrendados o subarrendados, que serán, excluido el suelo no edificable, la cantidad que resulte de aplicar al valor catastral el porcentaje del 2 por 100 con carácter general y, tratándose de inmuebles cuyos valores catastrales hubieran sido revisados de acuerdo con los arts. 70 y 71 de la Ley 39/1998, de 28 de diciembre, de las Haciendas Locales y hayan entrado en vigor el 1 de enero de 1994, el 1,10 por 100).

b) El resultado de aplicar el 15 por 100 a las cantidades invertidas durante 2005 en la adquisición de la vivienda habitual, que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 69.1.2.º del texto refundido de la LIRPF, dan derecho a deducción por inversión en vivienda habitual, excluidos los intereses derivados de la financiación ajena. Las cantidades invertidas tendrán como límite el 30 por 100 del resultado de adicionar a las bases liquidables, general y especial, el mínimo personal y familiar a que se refiere el artículo 41 (suma del mínimo personal de 3.400 euros anuales y el mínimo por descendientes) y las reducciones reguladas en los artículos 54 (por cuidado de hijos), 55 (por edad) y apartados 1 y 2 del artículo 58 (por discapacidad del contribuyente y por discapacidad de ascendientes o descendientes, respectivamente), del Texto Refundido de la LIRPF. La cuantía de la deducción se restará de la cuota líquida total, después de las deducciones por doble imposición de los referenciados artículos 81 y 82 del repetido Texto Refundido.

b) *Impuesto sobre Sociedades.*

Las medidas incluidas son, según la Exposición de Motivos, al igual que en el IRPF, aquellas de vigencia anual a las que se refiere la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Se incluye, por tanto, la actualización de los coeficientes aplicables a los activos inmobiliarios, que permite corregir la depreciación monetaria en los supuestos de transmisión. Además, se recoge la forma de determinar los pagos fraccionados de este Impuesto durante el ejercicio 2006.

Encontramos estas medidas en los siguientes artículos:

— *Artículo 60. Coeficientes de corrección monetaria.* Los coeficientes previstos en el artículo 15.10.a) del Texto Refundido de la Ley de este impuesto (RD Legislativo 4/2004, de 5 de marzo), en función del momento de adquisición del elemento patrimonial transmitido, serán:

	<u>Coeficiente</u>
Con anterioridad a 1 de enero de 1984	2,0828
En el ejercicio 1984	1,8912
1985	1,7466
1986	1,6442
1987	1,5664
1988	1,4965
1989	1,4312
1990	1,3751
1991	1,3282
1992	1,2987
1993	1,2818
1994	1,2586
1995	1,2083
1996	1,1508
1997	1,1250
1998	1,1105
1999	1,1027
2000	1,0972
2001	1,0747
2002	1,0616
2003	1,0437
2004	1,0337
2005	1,0200
2006	1,0000

— *Artículo 61. Pago fraccionado.* La cuantía del pago fraccionado se obtiene aplicando a las bases previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 45 del Texto Refundido el porcentaje que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Así se pronuncia el apartado 4 del indicado artículo 45.

La nueva Ley de Presupuestos que examinamos, en el artículo 61 que encabeza, cumple con este cometido del modo siguiente:

a) El 18 por 100 para los sujetos pasivos cuyo plazo reglamentario de declaración estuviere vencido el primer día de los veinte naturales de los meses de abril, octubre y diciembre (modalidad del apart. 2 del mentado art. 45). Se mantiene el mismo porcentaje que el pasado año.

b) Para los sujetos pasivos que hubieran optado, durante el mes de febrero del año natural, en la correspondiente declaración anual, realizar los pagos fraccionados los tres, nueve u once primeros meses de cada año natural (modalidad del apart. 3 del repetido art. 45), el porcentaje será el

resultado de multiplicar por cinco séptimos el tipo de gravamen redondeado por defecto.

Estarán obligados a aplicar esta modalidad los sujetos pasivos cuyo volumen de operaciones —calculado conforme al artículo 121 de la Ley del IVA (Ley 37/1992, de 28 de diciembre)— haya superado la cantidad de 6.010.121,04 euros durante los doce meses anteriores a la fecha en que se inicien los períodos impositivos dentro del año 2006.

Estos porcentajes y cantidades tope tampoco han sufrido variación.

c) Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

Según el artículo 62, con efecto de 1 de enero de 2006, se actualizarán todos los valores catastrales mediante la aplicación del tradicional coeficiente 1,02, que recaerá:

- Sobre el valor asignado para 2005, respecto de los inmuebles valorados conforme a los datos obrantes en el Catastro,

- sobre los valores catastrales notificados en el ejercicio 2005, obtenidos de la aplicación de Ponencias de valores parciales aprobados en el mencionado ejercicio,

- y cuando se trate de bienes inmuebles que hubieran sufrido alteraciones de sus características conforme a los datos obrantes en el Catastro, sin que dichas variaciones hubieran tenido efectividad, el mencionado coeficiente se aplicará sobre el valor asignado a tales inmuebles, en virtud de las nuevas circunstancias, por la Dirección General del Catastro, con aplicación de los módulos que hubieran servido de base para la fijación de los valores catastrales del resto de los bienes inmuebles del municipio.

Quedan excluidos de la actualización los valores catastrales obtenidos de la aplicación de las Ponencias de valores totales aprobados entre el 1 de enero de 1997 y el 30 de junio de 2002, así como los valores obtenidos de la aplicación de las Ponencias de valores parciales aprobadas desde la primera de las fechas indicadas en los municipios en que haya sido de aplicación el artículo segundo de la Ley 53/1997, de 27 de noviembre, por la que se modifica parcialmente la Ley 8/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, y se establece una reducción en la base imponible del IBI.

Tratándose de bienes inmuebles rústicos, el incremento de valores previsto en este artículo 62 no tendrá efectos respecto al límite de base imponible de las explotaciones agrarias que condiciona la inclusión en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia, que seguirá rigiéndose por su legislación específica.

2. Impuestos indirectos.

a) *Impuesto sobre el Valor Añadido.*

Dos modificaciones en su Ley reguladora (Ley 37/1992, de 28 de diciembre) introducidas en los artículos 63 y 64, respectivamente, a saber:

1.^a) Añadir un número 16.º al artículo 91.uno.2, con la siguiente redacción: “16.º El suministro y recepción de servicios de radiodifusión digital y televisión digital, quedando excluidas de este concepto la explotación de las infraestructuras de transmisión y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a tal fin”.

Esta modificación implica que a los expuestos servicios se les aplica el tipo reducido del 7 por 100.

2.^a) La letra b) del número 23.º del apartado Uno del artículo 20 se redacta de nuevo: Según la nueva redacción, se declaran exentos los arrendamientos que tengan la consideración de servicios con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 de la propia Ley del IVA y la constitución y transmisión de derechos reales de goce y disfrute, que tengan por objeto los siguientes bienes: “Los edificios o partes de los mismos destinados exclusivamente a viviendas o a su posterior arrendamiento por entidades gestoras de programas públicos de apoyo a la vivienda o por sociedades acogidas al régimen especial de Entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas establecido en el Impuesto sobre Sociedades. La exención se extenderá a los garajes y anexos accesorios a las viviendas y los muebles, arrendados conjuntamente con aquéllos”.

Según el párrafo segundo de la indicada letra b), la exención no comprenderá:

a') Los arrendamientos de terrenos para estacionamiento de vehículos.

b') Los arrendamientos de terrenos para depósito o almacenaje de bienes, mercancías o productos, o para instalar en ellos elementos de una actividad empresarial.

c') Los arrendamientos de terrenos para exposiciones o para publicidad.

d') Los arrendamientos con opción de compra de terrenos o viviendas cuya entrega estuviese sujeta y no exenta al impuesto.

e') Los arrendamientos de apartamentos o viviendas amuebladas cuando el arrendador se obligue a la prestación de algunos de los servicios complementarios propios de la industria hotelera, tales como la de restaurantes, limpieza, lavado de ropa u otros análogos.

f') Los arrendamientos de edificios o parte de los mismos para ser

subarrendados, con excepción de los realizados de acuerdo a lo dispuesto en la letra b) anterior.

g') Los arrendamientos de edificios o parte de los mismos asimilados a viviendas de acuerdo con lo dispuesto en la LAU.

h') Los arrendamientos o transmisiones de derechos reales de goce o disfrute sobre los bienes a que se refieren las letras a'), b'), c'), e') y f') anteriores.

i') La constitución o transmisión de derechos reales de superficie.

b) *Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados.*

En el artículo 65 se actualizan, como todos los años, las diez tarifas por transmisión y rehabilitación de Grandezas y Títulos nobiliarios, modificándose el artículo 43 del Texto Refundido de la Ley (RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre) y que, con efectos desde el 1 de enero de 2006, serán las siguientes:

Escala	Transmisiones directas	Transmisiones transversales	Rehabilitaciones y reconocimiento de títulos extranjeros
	Euros	Euros	Euros
1.º Por cada título con grandeza	2.396	6.006	14.000
2.º Por cada grandeza sin título	1.713	4.294	10.280
3.º Por cada título sin grandeza	683	1.713	4.121

3. Otros tributos.

Por lo que se refiere a las TASAS, se actualizan, con carácter general, al 2 por 100 los tipos de cuantía fija de las tasas de la Hacienda estatal, excepto las tasas que se hayan creado o actualizado específicamente por normas dictadas en el año 2005 (art. 66).

La tasa por reserva del dominio público radioeléctrico se actualiza de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 (art. 67).

Asimismo, se actualizan de forma específica, en aplicación del principio de equivalencia, las tasas aeroportuarias (art. 71), la tasa de patentes europeas de determinadas actividades (art. 72) y las Tasas del Consejo de Seguridad Nuclear (art. 73).

Se mantienen, en cambio, para el ejercicio 2006 los tipos y cuantías fijas establecidas para las tasas que gravan los juegos de suerte, envite o azar, en los importes exigibles durante 2005 (art. 66, Tres, por remisión al apart. 4 del art. 3 del RD-Ley 16/1977, de 25 de febrero, reformado por el art. 66.Tres de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005).

B) Otras disposiciones

Uno. *Actividades prioritarias de mecenazgo (disp. adic. décima)*. A los efectos de lo establecido en el artículo 22 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, la indicada disposición adicional décima hace una enumeración de las mismas y a ella nos remitimos tras destacar la inclusión de los programas dirigidos a la lucha contra –la mal llamada– violencia de género que hayan sido objeto de subvención por parte de las Administraciones Públicas o se realicen en colaboración con éstas.

Los porcentajes y los límites de las deducciones establecidas en los artículos 19, 20 y 21 de la citada Ley se elevarán en cinco puntos porcentuales en relación con las actividades incluidas en la enumeración a la que nos hemos remitido.

Dos. *Prórroga del sistema de asignación tributaria a la Iglesia Católica (disp. adic. undécima)*. En desarrollo de lo previsto en el artículo II del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Económicos, de 3 de enero de 1979, se prorroga el sistema de asignación tributaria a la Iglesia Católica regulado en los apartados uno, dos y tres de la disposición adicional vigésima de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000.

La prórroga tendrá vigencia durante el año 2006, debiendo revisarse el sistema durante este año o acordarse una nueva prórroga.

Tres. *Interés legal del dinero (disp. adic. vigésimo primera)*. Sigue establecido en el 4 por 100 hasta el 31 de diciembre del año 2006 (art. 1 de la Ley 24/1989, de 29 de junio) y el de demora, durante el mismo período, tampoco varía y continúa siendo el 5 por 100 (art. 26.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria).

Cuatro. *Determinación del indicador público de renta a efectos múltiples (IPREM) para 2006 (disp. adic. vigésimo segunda)*. De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2 del RD-Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, el IPREM tendrá las siguientes cuantías durante 2006: el diario, 15,97 euros; el mensual, 479,10 euros y el anual, 5.749,20 euros.

En los supuestos en que la referencia al salario mínimo interprofesional ha sido sustituida por la referencia al IPREM (*vid.* RD-Ley 3/2004, de 25 de junio), la cuantía anual de dicho indicador público será de 6.707,40 euros cuando las correspondientes normas se refieran al salario mí-

nimo interprofesional en cómputo anual, salvo que expresamente excluyeran las pagas extraordinarias; en este caso, la cuantía será de 5.749,20 euros.

Cinco. *Subvenciones al transporte aéreo y marítimo para residentes en Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla (disp. adic. trigésimo sexta).* Se incrementa al 45 por 100 el porcentaje vigente de reducción en las tarifas de los servicios de transporte aéreo y marítimo de viajeros, para viajes realizados entre las mencionadas Comunidades y Ciudades Autónomas, respectivamente, y el resto del territorio nacional.

Se incrementa al 22 por 100 la reducción de tarifas de transporte marítimo y al 45 por 100 la de transporte aéreo en los viajes interinsulares, aplicable a los ciudadanos españoles, de los demás Estados miembros de la Unión Europea, de los Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo y de Suiza residentes en Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla.

Se autoriza al Gobierno de la Nación para que durante el año 2006 modifique las antedichas cuantías o, en su caso, remplace dicho régimen por otro sistema de compensación.

En todo caso, para las Comunidades de Canarias y Baleares se estará a lo regulado en el artículo 6 de la Ley 19/1994, de 6 de junio, de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, así como al artículo 45 de la Ley 30/1998, de 29 de julio, del Régimen Especial de las Islas Baleares, respectivamente.

Seis. *Ejercicio colectivo de la profesión de abogado (disp. adic. septuagésima).* Los abogados a los que se refiere el párrafo segundo, apartado 1, de la disposición adicional primera de la Ley 22/2005, de 18 de noviembre, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas comunitarias en materia de fiscalidad de productos energéticos y electricidad, y del régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, y se regula el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la Unión Europea, que ejerzan la profesión como socios en régimen de asociación con otros, estarán, en lo que se refiere a la Seguridad Social, a lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de supervisión y ordenación de los seguros privados.

II. LEY DE MEDIDAS TRIBUTARIAS Y ADMINISTRATIVAS DE LAS ILLES BALEARS

Como ya resaltábamos el pasado año (*vid.* Circular 13/2005), el Parlamento de nuestras islas no comparte la decisión adoptada por el Gobierno Central y aprueba no sólo la Ley de Presupuestos (Ley 12/2005, de 27 de diciembre), sino también esta Ley (Ley 13/2005), que enmarca –como expresa su Exposición de Motivos– en las conocidas como “leyes de acompañamiento de los presupuestos generales”, cuya finalidad es complementar a ésta y constituir, con ella, una unidad de acción racional por cumplir los objetivos de política económica.

De las escasas modificaciones introducidas este año destacamos:

1) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

En el artículo 40 de esta Ley se da nueva redacción al artículo 6 de la Ley 8/2004, de 23 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de función pública, en el que se regulan las deducciones autonómicas para declarantes con minusvalía física o psíquica o con descendientes con esta condición.

Con arreglo a esta nueva normativa, por cada contribuyente y, en su caso, por cada miembro de la unidad familiar residente en esta Comunidad Autónoma que tenga la condición legal de persona con minusvalía física o psíquica, se establecen las deducciones siguientes en la cuota íntegra autonómica según la naturaleza y el grado de minusvalía:

- a) Minusvalía física de grado igual o superior al 33 por 100 e inferior al 65 por 100: 60,00 euros (única deducción aceptada en la citada Ley 8/2004).
- b) Minusvalía física de grado igual o superior al 65 por 100: 120,00 euros.
- c) Minusvalía psíquica de grado igual o superior al 33 por 100: 120,00 euros.

En el caso de que los cónyuges hayan optado por la tributación individual y tengan derecho a la reducción prevista en concepto de mínimo por descendientes establecido en el artículo 43 del RD Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del IRPF, cada uno tendrá derecho a aplicarse íntegramente la deducción.

Tienen derecho a esta deducción aquellos contribuyentes cuya parte general de la renta del período no supere la cuantía de 12.000,00 euros

en el caso de tributación individual y de 24.000,00 euros en el caso de tributación conjunta. Estos topes no han sufrido variación respecto a los establecidos en la repetida Ley 8/2004.

2) Normas en materia de montes

En el artículo 52 se tipifica, en el ámbito territorial de esta Comunidad Autónoma, una nueva infracción administrativa en materia de montes en desarrollo de la prevista en la letra k) del artículo 67 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes.

De acuerdo con ella, constituye infracción, además de la prevista con carácter general en la citada letra k), la circulación y/o permanencia de ciclomotores, motocicletas y quads en los montes propiedad de cualquier administración pública. El carácter leve, grave o muy grave de la infracción se regirá por lo dispuesto en los apartados 1.a), 2.a) y 3.a) del artículo 68 de la citada Ley de Montes.

3) Aprovechamiento de aguas privadas (disp. adic. tercera)

Se otorga a los titulares de este tipo de aprovechamiento afectados por las disposiciones transitorias de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas, que estén en posesión de las autorizaciones correspondientes otorgadas por el organismo competente en materia minera o hidráulica con anterioridad a la entrada en vigor de la mencionada Ley de Aguas, o que, en su defecto, puedan acreditar que los aprovechamientos son anteriores a la entrada en vigor del D.-Ley 11/1968, de 16 de agosto, del D. 632/1972, de 23 de marzo o del D. 3382/1973, de 21 de diciembre, en relación con el ámbito territorial de cada una de las islas de Mallorca, de Ibiza y de Menorca y Formentera, respectivamente, un plazo de dos años, a partir de la entrada en vigor de esta Ley (1 de enero de 2006, según su disp. final cuarta), para solicitar su inclusión en el catálogo de aguas privadas.

4) Condiciones para la reconstrucción en suelo no urbanizable (disp. adic. decimotercera)

Se añade un nuevo párrafo al apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1994, de 23 de marzo, sobre condiciones para la reconstrucción en suelo no urbanizable de edificios e instalaciones afectadas por obras públicas o declaradas de utilidad pública y ejecutadas por el sistema de expropiación forzosa, que pasa a tener la siguiente redacción:

“a) Que se respeten las servidumbres legalmente exigibles, tanto las impuestas por el derecho público como las impuestas por el derecho privado.

En lo que se refiera a las expropiaciones derivadas de la ejecución de proyectos de canteras, cuando la parcela sobrante resulte insuficiente para cumplir las servidumbres legales, la administración competente podrá autorizar dicha reconstrucción en las zonas de afección de la cantera, fuera de la zona de dominio público, con la imposición previa de medidas que garanticen la seguridad vial”.

5) Impuesto sobre la circulación de vehículos de arrendamiento sin conductor (arts. 1 a 36)

Nuevo y discutido impuesto –para más de uno sustitutivo de la defenestrada ecotasa– que se establece en el marco de la potestad tributaria de esta Comunidad Autónoma, que resulta de la Constitución, del Estatuto de Autonomía y de la Ley 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas.

Según la disposición final cuarta, la efectividad o exigencia de este impuesto y de los registros de vehículos y sustitutos se demorará hasta que entren en vigor los decretos de desarrollo a que se refiere la disposición final segunda de la propia Ley.

6) Impuesto sobre sucesiones y donaciones (disp. final primera)

En el plazo de un año, a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley (o sea, hasta el 1 de enero de 2007), el Gobierno de las Illes Balears deberá presentar al Parlamento un proyecto de Ley que regule la reforma del Impuesto sobre sucesiones y donaciones.

Pregunta del millón: ¿por dónde irán los tiros?

LA DONACIÓN CON RESERVA DE LA FACULTAD DE DISPONER Y CON CLÁUSULA DE REVERSIÓN. UN APUNTE FISCAL

VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA

Notario

*A Juan Francisco Delgado de Miguel,
por su dedicación al Notariado.*

La perspectiva histórica: NAVARRO AMANDI. GARCÍA GOYENA.

Algunas reflexiones:

Primera. *Donner et retenir ne vaut.* El artículo 639 del Código Civil.

Segunda. “Algunos de los bienes donados”.

Tercera. Reserva de la facultad de disponer y un bien donado.

Cuarta. Se transmite un dominio revocable.

Quinta. *Derecho de disponer sobre bien-bienes transmitidos.*

Sexta. ¿Y prohibición de disponer el donatario?

Séptima. El artículo 641.

Octava. ¿Por qué el 639 ante la amplitud del 641?

Novena. La reserva es para disponer. La reversión para volver lo donado otra vez al donante.

Décima. El calado fáctico-jurídico de las realidades que contemplan ambos preceptos.

Por qué lo anterior

- I.** “Algunos de los bienes donados”.
 - 1. Fundamentación jurisprudencial.
 - 2. Fundamento doctrinal.
 - 3. Matizaciones posibles.
 - 4. Por qué no convence la totalidad.
- II.** El juego íntimo de la reversión.
 - 1. La recuperación de lo donado.
 - 2. La causa y sus efectos.
 - 3. “Para cualquier caso y circunstancias”.
 - 4. Algunas consecuencias de la falta de previsión reguladora.

La donación y su régimen fiscal

Introducción. La Comunidad de Madrid.

- 1. Perspectiva fiscal.
- 2. Precauciones a considerar.
- 3. Sin malabarismos.
- 4. Sosiego ante lo nuevo. La prudencia del jurista.

Con anterioridad al Código Civil no estaban claras las posibilidades que permiten los actuales preceptos legales: en el Código Civil recopilado por NAVARRO AMANDI (año 1880), “la donación es irrevocable por su naturaleza”, y se admitía la revocación por sobreveniencia de hijos –no de todos– y por causa de ingratitud del donatario con el donador. Más abierto y posibilitador se mostró el Proyecto de 1851 (Concordancias de GARCÍA GOYENA): en él cabía pactar la reserva de la facultad de disponer “de alguno de...” y también la cláusula de reversión. En el mismo sentido el Anteproyecto de 1882-1888.

La óptica ante tales alternativas ha de ser distinta para el jurista. No es lo mismo contemplar lo primero: premisa mayor y excepciones, que admitir cláusulas como las de los actuales 639 y 641, además de las causas legales de revocación de donaciones.

La autonomía de la voluntad se ha ampliado. ¿Qué quiero decir? Pienso que ante el Código Civil es claro que la donación es irrevocable, pero

ello significa que su cumplimiento no puede quedar al arbitrio de una de las partes. Ahora bien (aparte del mutuo disenso) existen, como he apuntado, causas legales de revocación y admite la Ley además determinados pactos y cláusulas por los que: el donante puede reservarse la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, o de una cantidad con cargo a ellos (art. 639); o bien, puede establecerse la reversión de lo donado al donante y también a persona distinta (art. 641). En este último supuesto no entraré.

Acerca del 639 y del 641 tomo de las reflexiones realizadas los siguientes datos significativos y de mayor relevancia.

Primero. El legislador tuvo a la vista el *Code* francés, que sigue el adagio: *donner et retenir ne vaut* (con lo que en realidad no existe propiamente donación respecto a los bienes retenidos, y consecuentemente la facultad de disponer se transmite a los herederos del donante; COLIN y CAPITANT), pero se aparta de él para establecer que si el donante muere sin haber hecho uso de la facultad de disponer, *pertenecerán* al donatario los bienes que se hubiese reservado (letra del 639).

Segundo. El legislador tiene en cuenta algo que le parece básico, elemental: considera que como la donación implica que “se dispone de una cosa en favor de...” (art. 618), si a la vez el donante se puede reservar la facultad de disponer de la cosa donada, sólo podrá ser de algunos de los bienes donados... (o de una cantidad con cargo de ellos; segunda parte del 639).

Tercero. Es evidente que si se dona un solo bien, la reserva de la facultad de disponer (RFD) podrá efectuarse respecto a una parte alícuota o cuota de la cosa donada (RODRÍGUEZ ADRADOS y autores que cita, consultados por mí también).

Cuarto. A pesar de la letra del precepto, ya la autoridad de MANRESA (con base en GARCÍA GOYENA) inclinó la exégesis del 639 en el sentido de considerar que en puridad se transmite un dominio revocable, de modo que lo donado está sujeto a causa revocatoria si el donante hace uso de este derecho (condición *resolutiva* para GULLÓN BALLESTEROS, meramente potestativa, que aquí se admite excepcionalmente como válida frente al art. 1.115).

Quinto. Estamos ante un derecho de disponer por el donante de lo donado; derecho real sobre bienes ajenos (potestativo o de modificación jurídica; RODRÍGUEZ ADRADOS). Supuesto de legitimación indirecta (LADARIA CALDENTEY, siguiendo la terminología procesal de CARNELUTTI, últimamente recogida también por BARRAL VIÑALS).

Sexto. Quien dona pero a la vez se reserva la facultad de disponer puede reforzar su posición jurídica si, *a más a más*, prohíbe disponer to-

talmente al donatario. En la práctica notarial suele aconsejarse el haz y el envés en casos en los que si se empieza por dudar el dar o no el paso de desprenderse de bienes sin correspectivo, la previsión de necesidad potencial del disponente –como hipótesis frecuente– se refuerza con el plus de la prohibición y la posición jurídica del donatario queda clara, con vistas a la hipótesis de que pretendiera disponer, aunque con sujeción a la resolución-revocación (en ocasiones, se conoce en la *praxis*, como con posterioridad el donante renuncia a disponer, aunque manteniendo la prohibición de hacerlo el donatario).

Séptimo. Las hipótesis acogibles en el 639 diferentes han de ser a los supuestos fácticos a los que cabe referir la cláusula de reversión a favor del *donador* del artículo 641 (único precepto del Código en que el término tradicional se conserva: donador-terras de donadío). Sin perjuicio de que “los ascendientes suceden en lo donado a los descendientes caso de que mueran sin posteridad” (conforme al art. 812), la cláusula del 641 –decía ya MANRESA– es siempre válida “cualquiera que sea el caso o las circunstancias de que dependa”, como señala la Ley, aunque lo más usual es que se estipule para caso de premoriencia del donatario o de que fallezca sin posteridad, pero –añadía– cabe que se haga depender de otra condición o simplemente fijarse un término.

A mi juicio, la *ratio* del 641 permite –si la reversión es en favor del donante– amplitud total de causas (dentro de la exigencia básica de su licitud *ex art.* 1.275, con extensión en los arts. 1.305-1.306), e incluso es factible que se combine con la reversión a favor de persona distinta del donante, así: “si el donatario fallece sin descendientes y después que el donante, los bienes donados pasarán a...” (supuesto calificado por el Tribunal Supremo de reversión impropia, que implica –para la sentencia de 27 de diciembre de 1945– un llamamiento en concepto de sucesor del primeramente llamado como donatario, con los límites del artículo 641, y de carácter revocable).

Octavo. En los supuestos *ex artículo* 639 se dona y el donante se atribuye –con aceptación del donatario– el derecho a disponer de alguno de los bienes donados. Los que pueden entrar en la órbita del 641 hacen que la reversión opere a favor del donante conforme a lo establecido, dejando sin efecto *ex nunc* la donación: piénsese en que, ¿y si luego necesito disponer de lo donado?; plantéese la hipótesis de, ¿y si fallece el donatario sin posteridad? Ha llegado a pensarse que el 641 *fagocita* toda exégesis que pretenda ceñir la RFD a “algunos” en su pura literalidad (últimamente GONZÁLEZ-MENESES y MARQUÉS MOSQUERA), pero en el sentir legislativo los dos preceptos tienen su *ratio* propia y en la *praxis* propio asentamiento.

Noveno. Consecuentemente la reserva *ex artículo* 639 no debe confundirse con la reversión del 641: si la primera es la cláusula estableci-

da no cabe en puridad notificar el donante al donatario que: “desde ahora queda sin efecto la donación, pues a mí revierte o dispongo a mi favor sin más”.

La facultad del 639 es para disponer, *ergo*, ha de transmitir el donante lo que ha donado, a otra persona, si entra en la órbita en su favor “reservada” (en este sentido se ha manifestado la DGRN). La exigencia para el jurista de un estudio profundo del supuesto real concreto llevará sin duda a aconsejar lo adecuado en cada caso, ante la pluralidad de hipótesis fácticas y de facultades conforme a ambas.

Por ello decía GARCÍA GOYENA que la reversión a favor de sólo el donador suele hacerse para el caso de que éste sobreviva al donatario y a sus descendientes; condición razonable pues aquél no se priva de lo suyo sino por el cariño profesado a éstos (no se piensa, en definitiva, en la futura posible necesidad del donante que le permite disponer –por haberlo así previsto– de algo de lo donado).

En definitiva, si lo que se quiere es prever la hipótesis de disposición por el donante de bienes –o cuota– donados, la reversión en su favor no es lo adecuado; y acudir a la cláusula del artículo 641 *sin más* puede suponer un maximalismo la mayoría de ocasiones reñido con el querer del favorecedor.

Décimo. Ante lo expuesto, cabe afirmar que la RFD no supone propiamente reserva, ni se trata de una facultad dominical, ni disponer posibilita recuperar lo donado en puridad. La reversión a favor del donador persigue favorecer a quien recibe sin correspectivo, *contemplatio familiae* en los supuestos más frecuentes, por lo que la puerta queda abierta a la recuperación de lo donado si fallan las previsiones sucesorias.

Por qué he dicho lo que he dicho

I. “Algunos de los bienes donados”, ex artículo 639.

1. Ciertamente he pecado de inocencia cuando creía que la cuestión estaba resuelta: después del estudio de RODRÍGUEZ ADRADOS (6.V-1966), modélico en el planteamiento y en la fundamentación jurídica, se sigue observando que con razones variadas –y desde luego en ningún modo desatendibles– manteniéndose está la posibilidad de la reserva total, se trate de donación de uno o de más bienes.

Tribunal Supremo (sentencia de 7 de julio de 1978); Audiencia Territorial de Madrid (en 11 de mayo de 1983, ante el recurso contra la denegación de inscripción por el registrador); DGRN (resolución de 28 de julio de 1998), siguen el criterio que del 639 se desprende: “algunos”.

2. Y he citado a RODRÍGUEZ ADRADOS. Transcribo: el 639 amplía la autonomía de la voluntad, pero faltaría la definitiva voluntad de donar (con cita de BALBI), y la reserva *total* sería nula porque se extrapolarían los límites que del precepto se desprenden (con cita de BIONDO BIONDI). Y si el objeto que se dona es único –dice– puede reservarse el donante la facultad de disponer de parte, caso de ser divisible; si no lo es, es factible la reserva de una parte indivisa o constituir un derecho real (y en todo caso la reserva de la facultad de disponer de alguna cantidad con cargo al mismo; segundo supuesto enmarcado dentro del 639).

3. ¿No hay más? Siempre cabe especular en Derecho: decía GARCÍA GOYENA que distinto sería si el donador se hubiera reservado la *cosa misma*, aunque añadiera: “para poder disponer de ella”. Para ALBALADEJO y DÍAZ ALABART la reserva total habría que aceptarla si fuera equivalente prácticamente a una condición resolutoria a invocabilidad del donante (por ejemplo: “para el supuesto de que el donante viniese a peor fortuna”); y el mismo RODRÍGUEZ ADRADOS admite la reserva total si consiste en actos dispositivos onerosos con subrogación real, esto es, con adquisición de la contraprestación por el donatario (supuesto que permite además la donación a menores sin aplicación del art. 164 CC).

4. ¿Y esto es todo? Sé que no sigo la corriente doctrinal proclive *al todo*. IRURZUN GOICOA, después de mostrarse impecable con la letra del 639: “pertenerán al donatario...”, considera que el fraude sería tan sencillo respecto a la RFD de *algunos* que hay que admitir la reserva de la totalidad; DíEZ-PICAZO critica la aplicación maximalista del *animus donandi* por la ya citada sentencia TS de 7 de julio de 1978, en cuyo supuesto de hecho la donante se reservó el usufructo del bien donado y la FD del mismo; BOLÁS ALFONSO en supuesto idéntico, que recibió la calificación registral denegatoria (por “inexistencia de efectiva transmisión jurídico-real inscribible”), y más recientemente GONZÁLEZ-MENESES, se muestran contrarios a la interpretación literal *ex* 639 (“algunos”).

Concluyo. No lo tenían fácil los redactores del Código Civil, pero pienso que salieron airoso del escollo que el *Code* suponía, con habilidad –y cierta picardía–, considerando que el acto dispositivo que la donación implica, permite a la vez la RFD de algunos de los bienes donados (o de una parte o de una cuota del único bien que se dona); es más, creo que aunque en estos casos haya también reserva del usufructo, existe liberalidad del bienhechor (art. 1.274 CC).

II. El juego íntimo de la cláusula de reversión.

1. En los contratos onerosos cabe establecer el derecho de retorno de lo transmitido: el retracto convencional permite al vendedor recuperar

la cosa vendida reembolsando al comprador el precio de la venta, por haberlo así convenido expresamente (arts. 1.507 y 1.518). En la donación es factible pactar la cláusula de reversión *ex* artículo 641.

2. La causa de la reversibilidad está –dice GARDANI CONTURSI LISI– en la naturaleza personalísima del *animus donandi*; considerando además (en base al art. 792 del *Codice*) que el bien retornará al donante libre de toda carga o gravamen impuesto por el donatario (ante el silencio de nuestra Ley, ¿la analogía *ex* art. 812, reversión sucesoria por falta de posteridad del donatario que fallece, hay que considerarla de aplicación, o es más razonable entender que el criterio italiano es el adecuado?).

3. “Para cualquier caso y circunstancias” dice el artículo 641 si la reversión es a favor del donador. ¿Ello supone que es factible de reversión sin causa, *si volet*, ante el artículo 1.256 CC?

Lo evidente es que si no se está obligado –no es necesario decirlo– a donar, cabe que la donación contemple la devolución de lo donado; ahora bien, es regla de la *praxis* que frecuentemente se especifiquen los supuestos (la premoriencia, sin descendencia, del donatario...). ¿Y si la reclamación encuentra la respuesta de que: “me exiges te devuelva porque ya no logras mis favores...”? Entramos en la causa ilícita (“se opone a las leyes o a la moral”, *ex* art. 1.275) y en la *turpitud* (arts. 1.305 y 1.306), con la regla *nemo auditur, originadora* –en palabras de DE CASTRO– de un mal disimulado desconcierto en la doctrina civil. Pienso que la literalidad del 641 no debe llevar a la conclusión de que el *pacta sunt servanda* es aquí absoluto: el Tribunal Supremo (en la conocida sentencia, 16 de octubre de 1959) llegó a entender que el artículo 1.306 contempla sólo la hipótesis de contratos con prestaciones recíprocas.

En cualquier caso –sin entrar en la crítica negativa que puede merecer el criterio apuntado– el jurista debe profundizar ante el supuesto real concreto, para aconsejar adecuadamente: 639; 641 sin más o concretando la o las razones que pueden ocasionar la reversión; 640 (reserva del usufructo)...

4. En último término, sin profundizar en la vertebración jurídica del 641, sí cabe exponer: ¿*quid iuris* si como consecuencia de lo donado sujeto a reversión el donatario amplía su patrimonio?: en el supuesto de adquisición de acciones de sociedad anónima, consecuencia de aumento de capital con asignación gratuita, las nuevas acciones (ha considerado la sentencia de 20 de noviembre de 1997) no están sujetas a reversión, a falta –dice el Tribunal Supremo– de precepto expreso y de pacto que a ello le obligue.

La donación y su fiscalidad

Introducción. Desde el uno de enero de 2006 en la Comunidad de Madrid está vigente un sistema fiscal en el que las donaciones gozan de la bonificación del 99 por 100 en la cuota.

¿Exige lo expuesto un *redescubrimiento* de la densa y compleja institución? Evidentemente exige del jurista la necesaria atención a cada supuesto de hecho y la puesta en práctica de figuras de donación con específicas cláusulas, como la de separación de nuda propiedad y el usufructo, la de la reserva de la facultad de disponer o la donación con pacto reversional, bien al donante o ya a tercera persona, la con asunción de deudas, por señalar casos resaltables, supuestos de interés real.

Y es que –si como GONZÁLEZ PALOMINO admonizaba al opositor a notarías en uno de sus inolvidables diez mandamientos– el jurista práctico necesita conocer a fondo el Derecho fiscal a fin de “aprovechar los vados y evitar las torrenteras”, el actual sistema *madrileño* exige aprovecharlo, a la vez que evitar carga negativa (plusvalías al donante, errores en su pretendida aplicación a supuestos inexactos –por razón de los sujetos, de la sede real de las fincas...).

Y además, hay que evitar –pienso– el temor de entender que el aconsejar su aplicación fuerza la realidad desnaturalizándola: puede ocurrir, pero en la mayoría de las ocasiones al asesorar en pro de la donación se está ajustando lo que jurídicamente se plasma con el querer de las partes, máxime si se prevén situaciones que la realidad exige no desconocer: que pueda venir el donante a peor fortuna, su futura descendencia o aumento de ella, el fallecimiento del donatario sin ella, resultar ingrato éste con el donante o con personas al donante allegadas... Otra cosa sería, desde luego, si la donación ocultara un contrato oneroso encubierto.

Antes de entrar a tratar determinadas cuestiones, una percepción personal desearía dejar plasmada: la proliferación de donaciones –ya simples, bien con pactos como los apuntados– responde y cada vez lo será más, a un sentir natural de desprendimiento anticipado, de favorecer ya a quien recibe bienes sin corresponsivo: cuando DE CASTRO advertía que “la práctica generalizada de la corruptela que supone la escritura pública de compraventa que encubre donación de inmueble, implica una llamada de atención al legislador para la reforma de la legislación fiscal de las donaciones, por ser hoy contraria al bien común al dificultarlas y con ello la distribución más rápida de la riqueza, la independización de los hijos y los matrimonios de los jóvenes”, señalaba lo que en la Comunidad de Madrid, desde enero 2006, puede y debe lograrse.

¿Agravió comparativo a nivel nacional? Contestemos con JIMÉNEZ REYNA: la decisión de política fiscal adoptada está en la línea de la que

disfrutan tiempo ha Comunidades Autónomas del Norte de España, y todavía más arriba no se olvide el ejemplo de Francia, que trata mejor a las donaciones que a las sucesiones, en su afán –tanto más cuanto más joven sea el donatario– de impulsar actuaciones que provocan la inyección de liquidez a favor de las últimas generaciones y aumentan las disponibilidades de los jóvenes, con más dinamismo y tendencia a la inversión o al consumo que sus mayores; de esta forma –concluye– se toman decisiones en plena edad útil, sin tener que esperar al fallecimiento de los padres o abuelos.

1. Donación. Perspectiva fiscal.

Si en el Derecho sustantivo se debe saber con certeza cuándo hay donación *stricto sensu* y cuándo negocio gratuito, concepto más genérico que el del negocio jurídico *animus donandi*, la legislación fiscal considera tributable como donación: la condonación de deuda realizada con ánimo de liberalidad (la condonación expresa ha de ajustarse a las formas de la donación; art. 1.187 CC); la renuncia de derechos a favor de persona determinada (y la de herencia si se realiza una vez prescrito el impuesto), en general la asunción liberatoria de deuda sin contraprestación, el desistimiento o el allanamiento en juicio o el arbitraje a favor de la otra parte realizados con ánimo de liberalidad (ya el 1.807 CC al definir la transacción contempla *el dando...*). Habrá que prever en su caso la justificación del origen de los fondos, los requisitos formales que la normativa madrileña exige para disfrutar de la bonificación, pero... el planteamiento fiscal es el que se está apuntando (desde luego para considerar tales supuestos de aplicación impositiva, como ha apuntado GONZÁLEZ-MENESES, pero hoy por hoy para la bonificación del 99 por 100 de la cuota la baraja debe en justicia ser la misma, y sin pretender marcar las cartas).

2. La donación. Prevenciones ante la fiscalidad.

No puede dejar de advertirse que en vigor sigue el precepto legal del IRPF que grava las “ganancias” patrimoniales puestas de manifiesto con motivo de transmisiones lucrativas *inter vivos* (“plusvalía del vivo”; como por ejemplo advierte COELLO DE PORTUGAL, si en enero de 1995 se compró una finca en la Comunidad de Madrid y en 2006 se la dona al hijo, por el plus valor el donante paga como si hubiera vendido en el IRPF). Ni debe dejarse de señalar la conveniencia de actualizar valores de bienes que ya han ganado la exención de la plusvalía (por el hoy por hoy vigente régimen transitorio del IRPF), lo que a la vez prudencia valoradora exige.

3. La donación. Evitar los juegos malabares.

Inscribirse con una sobrina o con un amigo en el Registro de parejas de hecho; celebrar “matrimonio de complacencia” (su realidad social la destaca la reciente instrucción de 31 de enero de 2006 de la DGRN) ... nos introduce en el ámbito de la picaresca que la dignidad del profesional y la alteza de la función jurídica ha de rechazar. Sin olvidar lo que en su día se proyectó como “contrato de unión civil” (el CUC se reguló en la Francia de últimos del pasado siglo con la intención de ajustar situaciones reales dentro de un marco jurídico adecuado, desde luego alejado de la hipertrofia matrimonialista que impera en la mente de los legisladores de la España actual), el hecho es que la canalización por la vía del contrato de alimentos centrará supuestos como los de atención y cuidados a cambio de la transmisión de un capital (art. 1.791), contrato oneroso siempre. En otro caso el instrumental jurídico ha de estudiarse por el profesional, pero sin buscar en la donación la *panacea* para aplicarla jurídicamente a supuestos que pueden distar de su aplicación adecuada.

4. Sosiego ante lo nuevo. Altura de miras.

Sí, prudencia. Cuando a Felipe II llegaban portavoces de avatares bélicos, revueltas exteriores, peligros inmediatos, ... respondía: *Sosegaos*. Ahora la institución en estudio exige prudencia por el jurista ante el caso real concreto y altura de miras: hay que tratar de la planificación de la transmisión por la familia de su patrimonio-patrimonios.

BIBLIOGRAFÍA ITALIANA SOBRE DERECHO COMPARADO EN EL SIGLO XXI

GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático Emérito de Derecho Civil

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** VENTURAS Y DESVENTURAS DE LAS TRADUCCIONES DE OBRAS JURÍDICAS. **III.** CONFESIONES DE UN COMPARATISTA DE ORIGEN EUROPEO QUE EJERCE EN LA *COMMON LAW*. **IV.** EL DERECHO COMPARADO COMO CIENCIA: PERSPECTIVA DE UN COMPARATISTA RUMANO. **V.** JUICIO VALORATIVO. **VI.** OBRAS GENERALES DEDICADAS A LA ENSEÑANZA DEL DERECHO COMPARADO. **VII.** ALGUNAS CONCLUSIONES. **VIII.** EL *CALEIDOSCÓPICO* PANORAMA COMPARATISTA ITALIANO. **IX.** ¿SABEMOS ALGO DE LOS DENOMINADOS *DERECHOS ORIENTALES*? **X.** VALORACIÓN FINAL.

I. Introducción

En determinados momentos históricos parecía que el Derecho comparado era una partida que se jugaba exclusivamente entre dos contendientes, que, por otro lado, se alternaban en el triunfo. Si al nacer el moderno comparatismo en el Congreso parisino de 1900 —celebrado como uno de los fastos de la Exposición Universal de ese mismo emblemático año—, el vencedor no podría ser otro que Francia (por la nacionalidad de los promotores de aquél, la temática discutida y hasta por el empleo exclusivo de la lengua de Molière en sus debates), he aquí que al conmemorarse el centenario de la efemérides en el Congreso del año 2000 en Nueva Orleans, el indudable triunfador ha sido el colectivo anglosajón por pertenecer a ese grupo la gran mayoría de los asistentes (éramos poco más de una docena los participantes europeos continentales), la temática discutida (a saber, y fundamentalmente, la perspectiva comparativa desde la otra orilla del Atlántico) y, lógicamente, por el uso mayoritario del inglés en los debates. Pero sería un error compartir la idea de que el Derecho comparado es únicamente cosa de dos, o sea, un diálogo entre el *Civil Law* (representado por Francia y el *Code civil* de 1804) y el *Common Law* (a saber, la tercera parte de la humanidad regida por el sistema del *Case Law*), en el que los demás (cumplimos, y) cumplen el papel de comparsa. En efecto, hacia el último tercio del siglo pasado surge un hecho nuevo, a saber, que emerge con fuerza la doctrina comparatista italiana (1); la asignatura comienza por adquirir un sólido *status* en los Pla-

(1) Sin remontarnos a pioneros cuyas obras ya no se citan por carecer de utilidad, pueden mencionarse los siguientes trabajos, ya traten de temas comparativos de carácter general, ya se refieran a aspectos parciales:

ASCARELLI: *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione* (Milano, 1952).

ROTONDI: *Diritto comparato*, s.v. Novs.DI, V, 1960.

SERENI: *Funzione e metodo del diritto comparato*, RTDPC, 1960.

VASSALLI: "L'extrastualità del diritto civile", en *Studi Giuridici*, volumen III-2.º (Milano, 1960).

GRISOLLI: *Corso di diritto privato comparato* (Milano, 1962).

GORLA: s.v. *Diritto comparato*, Enc. del Dir.XII, 1964.

CAPPELLETTI: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi in diritto comparato* (Milano, 1968).

RODOTA (a cura di): *Il diritto privato nella società moderna* (Bologna, 1971). Obra colectiva en la que destacan singularmente: TARELLO: *Le idee della codificazione*, pp. 31 y ss., y CORRADINI: *Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, pp. 49 y ss.

ROTONDI: *Studi di diritto comparato e teoria general* (Padova, 1972).

TEDESCHI: *Panorame dei diritti stranieri moderni* (Genova, 1975).

CANNATTA: *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea* (Torino, 1971), 2.ª edición, 1976.

SACCO: "Les buts et les méthodes de la comparaison du droit", en *Rapports nationaux italiens au IXe. Congrès International de Droit Comparé* (Milano, 1974), pp. 113 y ss. Obra funda-

nes de estudio de la licenciatura de Derecho en Italia y luego, científicamente, se hace paulatinamente presente a nivel europeo y luego mundial. Ahora se cosechan los frutos de un tercio de siglo de labor inteligente y constante, que se traducen, por ejemplo, en la gran nómina de cultivadores, en la multiplicidad de *Collane* que acogen las nuevas publicaciones y, por último, en la existencia de una pluralidad de Escuelas que rivalizan por estar presentes a nivel doctrinal.

Partiendo de que la doctrina comparatista italiana no era advenediza en este campo (2), me permito agrupar como sigue las características externas que ofrece la bibliografía sobre la materia aparecida en el período 2001-2005, siguiendo en cada apartado el orden cronológico.

A) Traducciones de obras significativas:

Basil MARKESINIS, *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*. Traduzione di Vanna LEVI e Nello PASQUINI. Presentazione di Fernanda CONTRI. Con un saggio di Guido ALPA. Milano, Giuffrè, 2004. 286 páginas (3).

mental de quien actualmente representa la cabeza visible de una de las más importantes Escuelas comparatistas italianas.

DENTI: "Diritto comparato e scienza del processo", RDProc., 1979.

CAVANNA: *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico* (Milano, 1979).

GORLA (a cura di): *Diritto comparato e diritto commune europeo* (Milano, 1981), en el que destacan varias contribuciones del director del vol.: *La giurisprudenza*, pp. 263 y ss.; *Le raccolte di giurisprudenza e le tecniche di interpretazione delle sentenze*, pp. 303 y ss.; *I precedenti storici dell'art. 12 disp. prel. Cod. Civ.*, pp. 443 y ss.; *I Tribunali supremi degli Stati preunitari italiani quale fattore della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati*, pp. 543 y ss.

GORLA: *Il diritto comparato in Italia e nel mondo "occidentale" e una introduzione al "Dialogo Civil Law-Common Law"* (Milano, 1983).

PIZZORUSSO: *Corso di diritto comparato* (Milano, 1983).

(2) Hay precedentes que se remontan al siglo XIX, pero en la excelente información bibliográfica que incluye SACCO en la 5.^a edición (reimpresión) de su *Introduzione al Diritto Comparato* (Torino, 1995), p. XVII, y antes de las clásicas voces sobre el tema de ROTONDI y GORLA, respectivamente en el *Novis Digesto* y en la *Enciclopedia del Diritto*, sólo incluye a AMARI: *Critica di una scienza delle legislazione comparate* (Genova, 1857), SARFATTI: *Introduzione allo studio del diritto comparato* (Torino, 1933) y ASCARELLI: "La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato", publicado en *Annali del Seminario giur.* Dell'Univ. di Catania de 1949. A mi juicio, el pistoletazo científico de partida lo da el propio SACCO con su citada ponencia al Congreso Internacional de Derecho Comparado de Teherán (1974), titulado "Les buts et les méthodes de la comparaison du droit", en el vol. de los *Rapports nationaux italiens* (Milano, 1974), pp. 113 y ss.

(3) La obra constituye el número 40 de la colección *Giuristi stranieri di oggi*, dirigida por Cosimo MARCO MAZZONI y Vincenzo VARANO, iniciada en 1986, en la que la variada temática no excluye los temas comparativos y sobre legislación extranjera, con un elenco de autores también muy amplio (además de algunos italianos aparecen obras traducidas de franceses, ale-

Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *La scienza del Diritto comparato*. Edizione italiana di Rocco Favale. Giappichelli, Torino, 2003. 455 páginas (4).

B) Obras generales dedicadas a la enseñanza:

Maurizio LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli-Roma, 2001. 297 páginas.

Vincenzo VARANO e Vittoria BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, vol. I, *Testo e materiali per un confronto civil law-common law*. Giappichelli, Torino, 2002. 459 páginas (5).

Gianmaria AJANI, *Sistemi giuridici comparati. Lezioni e materiali*. Giappichelli, Torino, 2005. 346 páginas.

C) Obras varias:

Valentina BERTORELLO (a cura di), *Io comparo, tu compari, egli compara; che cosa, come, perché?*, Giuffrè Editore (Milano, 2003); 354 páginas (6).

manes, ingleses, norteamericanos, e incluso españoles en la persona del profesor PECES BARBA) pertenecientes a diversas ramas del Derecho, sin excluir, como vemos, la Filosofía del Derecho y la Economía.

La versión italiana se hace de la siguiente obra en inglés: MARKESINIS, B.: *Comparative Law in the courtroom and classroom. The story of the last thirty-five pas years*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2003.

(4) La obra se inserta en una colección titulada *Sistemi giuridici comparati*, dirigida por Antonino PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, en la cual han aparecido, del mismo autor, *Introduzione al diritto comparato*, cuya 2.ª edición se publica en 1996; y *Il metodo comparativo*, 2.ª edición del 2000. Asimismo las siguientes obras de autores italianos: MATTEI, Ugo: *Il modello di Common Law*, 2.ª edición, 1996; MONATERI, Pier Giuseppe: *Il modello di Civil Law*, 2.ª edición, 1997; AJANI, Gianmaria: *Il modello post-socialista*, 2.ª edición, 1999; GUADAGNI, Marco: *Il modello pluralista*, 2.ª edición, 1996; CASTRO, Francesco: *Il modello islamico* (en preparación).

La versión italiana se hace sobre la obra, inicialmente publicada al parecer en alemán, y luego traducida al francés y al español: CONSTANTINESCO, Léontin-Jean: *Die rechtsvergleichende Wissenschaft* Band III, *Rechtsvergleichungs*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1983. *La science des droits comparés, Traité de Droit comparé*, tomo III, *Económica*, París, 1983. *La ciencia del Derecho comparado*, volumen III, *Tratado de Derecho comparado*, traducción del alemán por Enrique AIMONE GIBSON, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Univ. Católica de Valparaíso, 1991.

(5) Con esta obra se inicia la *collana Strumenti di Diritto Comparato*, dirigido por V. VARANO, en la que se anuncia el II volumen de la misma obra, y la debida a SIMONI, Alessandro: *Diritto comparato, sviluppo, transizione. Testo e materiale per una riflessioni critica sui programmi internazionali di "assistenza legislativa"*.

(6) Constituye el volumen 6 de una *Collana* dirigida por Maurizio LUPOI, iniciada en 1999, con el simbólico título: *L'Alambico del comparatista*.

Marina TIMOTEO, *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Cedam (Torino, 2004); 391 páginas (7).

II. Venturas y desventuras de las traducciones de obras jurídicas

Una doble vía han utilizado los juristas italianos para llegar a adquirir protagonismo en Derecho comparado a nivel internacional. De una parte traduciendo obras extranjeras al italiano y, de otra, escribiendo en inglés o en francés sus aportaciones en la materia; esta última puede corresponder coyunturalmente a una operación de *marketing*, y nada diré de ella aquí. Lo primero es un proceder clásico y se ha utilizado de modo generalizado en todos los países, contribuyendo, en el ámbito comparativo, al fenómeno de la *circulación de los modelos*; sabido es que, por ejemplo, a fines del siglo XIX, la romanística italiana la aplicó para dar a conocer en el país los logros dogmáticos de la *Begriffsjurisprudenz*; sus resultados fueron óptimos, pues contribuyó además a revitalizar el Derecho civil, desembocando en ese *capolavoro* que, con algunos defectos e insuficiencias, constituye todavía el CC de 1942. Lo intentamos en España, en esa última materia, en el primer tercio del siglo pasado con la traducción y Anotación del *Lehrbuch* de ENNECERUS-KIPP-WOLFF, y sus resultados acaso no han sido tan fulgurantes como los experimentados en Italia con la traducción de las *Pandekten* de WINDSCHEID, aunque debe reconocerse que aquella traducción contribuyó notablemente a elevar el nivel científico de nuestra Civilística durante un prolongado período del siglo XX. La traducción, para ser fructífera, debe acertar en la elección del autor extranjero a traducir, que debe ser representativo en la materia de que se trate. Suele haber un imprescindible requisito sucesivo de actualización que pocas veces se tiene en cuenta; si se traduce a un autor vivo, hay que contar con la evolución de su pensamiento y la posibilidad de que dé a luz nuevas ediciones que acaso corrijan, rectifiquen o completen su inicial pensamiento (8). Así, entre nosotros, la madrugadora traducción del *Droit civil* de

(7) Forma parte de la prestigiosa colección de monografías sobre *Contratto e impresa*, dentro de la serie sobre *Diritto comparato* con el número 3, que dirigen Francesco GALGANO y Franco FERRARI. Iniciada en 1999, ya se comprueba que su crecimiento ha sido más bien lento, si bien resultan sugestivos los temas acometidos: MANES, Paola: *Il superamento della personalità giuridica. L'esperienza inglese* (1999), y BORDIGNON, Luca: *La cessione del credito tra la disciplina generale e disciplina speciale. L'esperienza francese* (2003).

(8) Todavía algunos juristas de habla hispana siguen citando a Natalino IRTI como paladín de la *descodificación del Derecho civil*, siguiendo la traducción española de su obra (en su momento, sin duda oportuna), cuando el autor, a partir de los años noventa, ha cambiado sustancialmente de pensamiento y se adscribe resueltamente al grupo de los partidarios de la centralidad de los Códigos civiles.

CARBONNIER quedó, a los pocos años, desfasada dadas las sucesivas ediciones –modificadas y ampliadas, como es notorio, por su autor– del texto original.

En relación con el Derecho comparado, ya se habían traducido recientemente al italiano las obras clásicas de René DAVID (9) y ZWIGERT-KÖTZ (10), cuando se publican en el último quinquenio las de MARKESINIS y CONSTANTINESCO, juristas ambos procedentes del continente europeo, aunque con caracteres más bien opuestos y hasta contradictorios; en efecto, la primera viene a resumir la experiencia de una vida dedicada al Derecho comparado en el mundo anglosajón, pero dista de constituir propiamente una obra sistemática, y no sería, en modo alguno, parangonable a las mencionadas en primer término; la segunda viene a completar dos obras ya traducidas al italiano, cuyo conjunto representan una obra rigurosamente sistemática, profusamente documentada y con vocación a ingresar en el reducido grupo de las obras básicas.

III. Las confesiones de un comparatista de origen europeo que ejerce en la *Common Law*

De origen greco-italiano, Basil MARKESINIS tuvo una intensa formación jurídica europea continental, en Italia, Francia y Alemania; actualmente es titular de la cátedra de *Common and Civil Law* de la *University College* de Londres y de la cátedra *Jamail Regents* de la Universidad de Texas. Es Doctor h.c. por las Universidades de Atenas, Cambridge, München, Oxford y Panthéon-Sorbonne. En la presentación no se proporciona una lista exhaustiva de sus obras, aunque se señalan, por vía de ejemplo, las siguientes: *Tort Law* (en colaboración con DEAKIN), *The german law of Torts. A comparative introduction*, *The law of contracts and restitution. A comparative introduction*, *The gradual convergence. Foreign ideas, foreign influences, and english law on the eve of the 21 st century*.

Con indudable acierto, la editorial no ahorra esfuerzo para facilitar el acercamiento al pensamiento del autor a los futuros lectores italianos. Así los traductores del libro (11) lo presentan como obra muy personal, lleno de opiniones a menudo hirientes, no siempre compartibles, sobre la comparación y sus escuelas, así como sobre los comparatistas, considerados

(9) DAVID, René, JAUFFRET-SPINOSI, Camille: *Les grands systèmes de droit contemporain*, 10.éd. (París, 1992). Trad. ital. al cuidado de SACCO, R.: *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 4.éd. (Padova, 1994).

(10) ZWIGERT-KÖTZ: *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 2 vols. (Tübingen, 1969-1971). Trad. ital. *Introduzione al diritto comparato* (Milano, 1998).

(11) *Op. cit.*, pp. VII y s.

prevalentemente como *comparatistas militantes* y no meramente como *juristas abiertos a la comparación* (12), y lo califican de libro *deliberately controversial*, que no dejará de provocar reacciones de diverso signo, debido en parte a la complejidad de su autor. Por su parte, la presentadora de la obra (13) dice que el autor es, sobre todo, un gran europeísta, profundo conocedor del derecho inglés, francés, alemán, norteamericano y observador agudo y atento estudioso del Derecho comunitario. En lo que califica como *lección magna sobre el método comparativo*, revela un continuo contacto con la realidad, la concreción y la modernidad sin olvidar los problemas culturales. Mirando a la historia del Derecho, de la que no prescinde, se inmerge en el presente para proponer lo que sirve al hombre de hoy. ALPA, en un jugoso prólogo (14), recuerda que la Arcadia es un lugar mítico, es una categoría espiritual, es el templo de la poesía, y también la nueva figuración de lo que supera al tiempo, hasta el punto de vencer a la muerte. Quien desea llegar a convertirse en un comparatista serio debe entrar en la Arcadia, debe abandonar las restricciones mentales de su mundo de origen y abrirse al exterior, a la confrontación, a las novedades, a las contraposiciones; no debe olvidarse de las lecciones del pasado, pero ni siquiera debe sumergirse demasiado en el presente, que, por su naturaleza, es transeúnte. El pasado, para el comparatista, significa Derecho romano y Derecho común medieval, significa un puesto central de las Universidades en el universo cultural, significa circulación de las ideas y circulación de los docentes y discentes. El mundo del ayer era, ciertamente, más gratificante que el mundo de hoy; pero no seremos buenos comparatistas si nos agarráramos sólo al pasado ignorando un presente más desilusionante. El Derecho comparado está inmerso en la realidad, no desdeña sus orígenes romanos, pero se proyecta al Derecho moderno. Los grandes maestros como REHBINDER, RABEL o GORLA nos han enseñado cómo en el pasado los mismos jueces adoptaban modelos provenientes de otras experiencias a la hora de dictar sus sentencias. Semejante proceso de ósmosis se ha producido incluso en Gran Bretaña, que era probablemente el país más aislado culturalmente de los europeos. No basta atrincherarse detrás de las teorías propias, hay que *entrar en la Arcadia*; hay que tratar de comprender por qué los jueces han sentenciado de tal modo, mediante una investigación histórica, económica, sociológica y antropológica. Hoy es más necesario que nunca viajar, ver y comprender las nuevas situaciones; el Derecho comparado debe hacer frente al desafío de la globalización, al peso de la europeización de las instituciones y de las reglas que las go-

(12) Cursivas mías.

(13) *Op. cit.*, p. IX.

(14) *Op. cit.*, pp. XIII-XXVII.

biernan y que rigen a los pueblos de la Unión Europea. No basta construir preciosos aparatos conceptuales cuyo fin último consiste en satisfacer a su creador y a los demás creadores del mismo ambiente enclaustrado. El Derecho comparado no es un juguete que debe confinarse en los museos académicos, sino que cumple funciones de naturaleza social. Debe exponerse al mundo de los operadores jurídicos, legisladores, profesionales y sus clientes, y sobre todo a los jueces, que se ven obligados a adoptar decisiones, para lo cual deben ser asistidos, orientados y anticipados, y también teniendo en cuenta lo que sucede en experiencias diversas de la propia. A esta nueva realidad no puede adaptarse el viejo método comparativo que privilegiaba el modelo nacional de pertenencia, con algunas incursiones en el exterior. Hay que verificar la circulación de los modelos y de las soluciones, es preciso estar abiertos a las ideas provenientes del exterior, para valorarlas, criticarlas o acogerlas, pero nunca ignorarlas.

Para ALPA, en la presente obra se comprende una autobiografía intelectual, una historia del Derecho comparado inglés, un mapa de las Escuelas comparatistas existentes en Europa y en USA, así como una descripción de los modelos metodológicos que se han sucedido en el tiempo, y asimismo una meditada y aguda descripción del método que personalmente ha sabido forjar. El estilo es convincente, persuasivo y vivaz, puntilloso en los recuerdos, riquísimo en las referencias y en las anotaciones sobre las direcciones culturales y sus protagonistas que han operado, y operan todavía, en los ámbitos continentales, cuidadoso en la búsqueda de los precedentes y en las discusiones de los casos más relevantes, realista en las valoraciones, a veces crudo en sus juicios, pero siempre generoso. Es una obra compleja, quizá la más compleja que haya escrito el autor, pero también la más completa, porque no se dedica a un solo sector del ordenamiento.

Es curioso el apartado relativo a lo que los norteamericanos denominan *reputology*, que trata de averiguar el prestigio de los autores por las citas que de ellos hacen los demás. Con razón observa ALPA que un simple cálculo mecánico del número de citas de un autor no es relevante si no se toman en consideración determinados factores, tales como el contexto en que la cita se hace, la importancia misma de la cita, los caracteres del autor citado, etc. Parece claro que, por sí mismo, el número de citas de un autor no significa mucho, debiendo atenderse a la cita cualitativa. A ello debe añadirse el escaso conocimiento en USA de las lenguas extranjeras (15).

(15) Puede parecer excesivo el número de páginas que el autor dedica a la *Reputología* en el apartado 3, pp. 97-189, si bien ello le permite extraer sabrosas consecuencias. Incluye varias tablas estadísticas relativas a citas de comparatistas (norteamericanos, ingleses, alema-

Entre los *obstáculos* que se presentan al futuro del Derecho comparado, se enumeran el orgullo nacional mal entendido, la rutina que sumerge al jurista en los menudos problemas cotidianos que le impiden ni siquiera sospechar los horizontes que se abren más allá de la práctica cotidiana, la desconfianza hacia las instituciones europeas, la escasa comprensión de idiomas extranjeros y la dificultad de encontrar buenas traducciones. Pero algo está cambiando, como los intercambios entre docentes y discentes, los programas de investigación integrada, la mayor difusión de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo y de Luxemburgo; se está ampliando, no sólo el espectro de soluciones, sino también el de argumentaciones que los prácticos pueden encontrar en las experiencias extranjeras y utilizar en beneficio propio. Concluye el autor con una *nota de optimismo* de naturaleza compleja y basado en factores concretos de cuya recíproca actuación cabe esperar una nueva fase del Derecho comparado; por ejemplo, la difusión en el mundo inglés de los sistemas continentales más importantes, la discusión suscitada acerca de las aportaciones de los mismos, la actuación conjunta de las Asociaciones de Abogados y de los grandes bufetes profesionales, el intercambio de experiencia entre los jueces de diversos países y, finalmente, la superación de los provincialismos dictados por un malentendido concepto de la independencia cultural.

Pero ¿qué ha escrito MARKESINIS en este pequeño libro que no alcanza las 300 páginas en formato reducido? Lo mejor será transcribir el enunciado de sus seis capítulos, redactados con cierto estilo poético y simbólico:

1. Reflexiones sobre el estado del Derecho comparado; I: El crepúsculo de los héroes.

nes, franceses e italianos) en revistas jurídicas de Gran Bretaña, Francia, Alemania y USA; a citas de comparatistas de aquellas nacionalidades por parte de los Tribunales de Australia, Canadá, Inglaterra, Alemania y USA; en ambos casos con indicación de la obra objeto de cita puntual. Con base en la RIDC (publicada en París), y correspondiendo al período 1980-2001, citas de comparatistas americanos, británicos, alemanes, franceses e italianos. Comparatistas citados, a su vez, por el Tribunal Supremo Federal alemán. Reenvío al Derecho comparado en realidad al derecho extranjero en la legislación alemana sobre condiciones generales de la contratación, en el Derecho general de obligaciones y en la responsabilidad civil extracontractual. La conclusión en este punto es que queda mucho por hacer (*op. cit.*, p. 189), aparte de la dificultad que supone la imposición de la lengua inglesa como *lingua franca*; de hecho, los legisladores y jueces de cualquier país prefieren consultar el derecho extranjero en estudios publicados en su propia lengua. A su juicio, "los profesores que quieran abatir las barreras impuestas por esta cerrada mentalidad triunfarán en su propósito sólo si logran recibir el apoyo del mundo de los negocios y de los jueces; para ello deberán escribir sus obras de modo interesante para ambos".

Marginalmente hay que registrar la total ausencia de autores y publicaciones españoles en los *elencos o catálogos* manejados en las mencionadas estadísticas.

2. II. La muerte de los héroes y la época del estado social.
3. Difundir el evangelio (y el nombre del evangelista).
4. El derecho extranjero inspira el derecho nacional: *Greatorrex v. Greatorrex*.
5. El acercamiento *focalizado* sobre el derecho público.
6. Reflexiones sobre el futuro: Un epílogo.

Como punto de partida escribe MARKESINIS (16) que, en muchos aspectos, los últimos sesenta años han sido una verdadera y propia *Edad de oro* del Derecho comparado, poblada de héroes, cuando no de dioses. En Francia, RODIÈRE y TUNC eran titulares de cátedras prestigiosas en París, mientras que DAVID se retiró a Aix después de los acontecimientos de 1968. En Alemania se encontraban especialmente activos ZWEIGERT, KOLL y LORENZ, junto a DROBNIG. GORLA dominaba sin oposición en Italia. Sir Otto KAHN-FREUND desplegaba su explosiva personalidad en Oxford, junto a HAMSON y LIPSTEIN, representante este último de una serie de emigrantes cultos dejados en herencia al mundo anglosajón por la locura hitleriana. Max RHEINSTEIN —el jurista continental que, a juicio del autor, ha sabido penetrar mejor la concepción del *Common Law*— enseñaba en Chicago mientras que SCHLESINGER fascinaba a generaciones de estudiantes de la *Cornell University*. DAWSON y FLEMING trataban de difundir en el mundo anglosajón ideas tomadas de la cultura germánica y se interesaban especialmente por las obligaciones en el *Common Law*. Pero después se produjo el ocaso, y el autor, que ha dedicado los últimos treinta y cinco años de su vida al Derecho comparado, se pregunta ¿por qué? La primera respuesta que el autor ofrece, a saber, la ausencia sobre la materia de un Tratado definitivo (17), supone una crítica completa, aunque matizada, de la obra de DAVID, la cual, si bien sirvió para rellenar un hueco doctrinal en los años 50-60, no supo adaptarse ni evolucionar a nuevas circunstancias (así se denuncia el poco acierto en la división de familias jurídicas, olvido del Derecho público, errores en cuanto al tratamiento del entonces amenazante bloque soviético, mal disimulado propósito de colocar al Derecho francés en lugar preeminente) que lo convirtieron en libro poco atractivo para los estudiantes de habla inglesa y para su utilización por los Tribunales. En contraposición menciona la obra *Comparative Law* de SCHLESINGER, de gran éxito entre los estudiantes norteamericanos (hay sexta ed. al cuidado de BAADE, HERZOG y WISE), pero, a su juicio, de escasa utilidad para escolares y tribunales ingleses o, en general, no estadounidenses. FLEMING fue otro emigrado político alemán, profesor en

(16) *Op. cit.*, p. 11.

(17) *Op. cit.*, pp. 14 y ss.

Berkeley, colaborador asiduo de la *Law Quaterley Review* y autor de una obra en que armonizó las soluciones de Derecho australiano, americano e inglés, pero que no acertó a ofrecer una metodología apropiada. MARKESINIS critica además la influencia romanista e historicista entre los comparatistas ingleses (18), basándose en que, cualesquiera que fuesen su belleza y riqueza, el Derecho romano no fue concebido para afrontar los fenómenos e instituciones propias de nuestro tiempo; los problemas actuales están impregnados de Derecho público, relativos, por ejemplo, al poder de la prensa, de la informática, del derecho de autor y de las marcas, estando profundamente influido por las reglas sobre previsión y seguridad social; a ello deben añadirse los desafíos contemporáneos, como la globalización de los mercados financieros y las necesidades de los bufetes internacionales de abogados, conduce a que el aprendizaje del pasado jurídico esté destinado a perder relevancia en el futuro. El autor reconoce que en dirección opuesta discurre la obra de ZIMMERMANN (*Roman Law in Contemporary Law, European Law: The civilian Tradition*, Oxford University Press, 2001), cuyos méritos no regatea (19), aunque defiende ardorosamente que los nuevos planteamientos exigen una ruptura con el pasado. Por otra parte, en los EEUU no se siguió la orientación británica de vincular el Derecho romano al Derecho comparado, y a ello contribuyó que la enseñanza del Derecho romano se integrase en el Departamento de Historia. MARKESINIS ensalza la figura y el papel desempeñado por otro jurista de origen alemán que ha desarrollado su tarea en los EEUU. Se trata de RABEL, a quien califica de auténtico *titán* entre los comparatistas. Comenzó su carrera universitaria siendo discípulo del romanista austríaco Ludwig MITTEIS, de quien siempre se ha considerado deudor por la disciplina y precisión metodológica que le transmitió; en 1916 se traslada a Munich para dirigir el Instituto de Derecho extranjero e internacional, coincidiendo con RHEINSTEIN como Asistente Bibliotecario, y dirige su preocupación al Derecho moderno siguiendo el famoso consejo de IHERING, *con el Derecho romano, pero más allá del Derecho romano*; concentra sus investigaciones en la compraventa de muebles, pero con una dimensión fundamentalmente práctica, ya que ejerció como juez, árbitro y asesor legal de grandes empresas, aprovechando sus conocimientos del

(18) Durante la segunda mitad del siglo pasado, cuatro comparatistas ingleses iniciaron su carrera académica como romanistas (LAWSON, LIPSTEIN, HONORÉ y NICHOLAS) y otros dos lo enseñaron en buena parte de la suya propia (RUDDEN y WEIR), mientras que JOLOWICZ era, a su vez, hijo de un reputado romanista (*op. cit.*, p. 22, n. 21).

(19) "En esta sede, con su acostumbrado entusiasmo, estilo feliz y cuidado del detalle, ha subrayado con gran eficacia la continuidad entre el viejo Derecho de las Pandectas del s. XIX y el modo en que los Tribunales alemanes interpretan su *nuevo* BGB del 1900, en los años siguientes a su promulgación" (*op. cit.*, p. 26).

Common Law para llegar a una cierta ruptura con el derecho alemán; recaló en Oxford y luego en USA, si bien el autor cree que sus méritos comparatistas no han sido debidamente reconocidos en el mundo anglosajón. A juicio del autor, no se ha producido una fusión o, al menos, comunicación eficaz entre los grandes maestros comparatistas ingleses (GUTTERIDGE, HAMSON, LIPSTEIN, LAWSON, HONORÉ, NICHOLAS, RUDDEN) y la abundante emigración alemana ocurrida entreguerras, y tampoco con los discípulos de unos y otros; ello explica, a su juicio, el grave déficit de obras escritas (que le permite hablar del *letargo del profesor inglés*, y su cruda afirmación de que algunos de ellos, con su pobre *curriculum*, no hubieran alcanzado una cátedra en la más modesta Universidad del continente). Todo ello le permite, de pasada, parangonar la forma en que se realiza la carrera universitaria en Inglaterra y en el continente, con juicio favorable a esta última. La conclusión es que, tanto en Inglaterra como en USA, la fascinación de la edad de oro del Derecho comparado no sobrevendrá a la muerte del último de los supervivientes de aquélla. Si ahora renace el interés por el comparatismo, ello se debe –en su opinión–, no a los genios, sino a los políticos; las necesidades prácticas y no el fermento académico; la iniciativa privada y no la dirección de las instituciones administrativas; al Derecho vinculado a los negocios y no a la filosofía (20).

Constata que hay una *communis opinio* sobre la falta de un auténtico método comparativo que los grandes maestros no han conseguido legar a sus discípulos. Cita la opinión de REITZ, para quien los que enseñan y escriben en el campo del Derecho comparado no han enseñado formalmente cómo hacer Derecho comparado; coincidente con la de SACCO (en relación con la actuación de DAVID, SCHLESINGER y GORLA) cuando afirma que se ha visto forzado a hacer lo que los tres maestros que le han transmitido cuanto sabe, olvidaron proporcionarle, a saber, la fórmula que permite alcanzar los mágicos resultados de la investigación. MARKESINIS discrepa parcialmente de SACCO en cuanto ha olvidado citar a RABEL, que sí ha dejado una metodología, y a KAHN-FREUND, que ha trabajado especialmente en el ámbito laboral. Concluye que, sobre todo en el ámbito norteamericano, los grandes comparatistas de la Edad de Oro –a excepción de los dos últimos citados–, se prodigaron poco para enseñar a sus discípulos cómo presentar el Derecho extranjero a un auditorio estadounidense, cómo poner en práctica la ciencia extranjera y cómo asegurar su continuidad y supervivencia. Si hoy en el mundo anglosajón las enseñanzas se encuentran en un *ghetto*, las causas de esta situación se deben en buena parte, a su juicio, a los grandes maestros de la Edad áurea, causas provenientes del interior y no del exterior, que parece alimentarse de la se-

(20) *Op. cit.*, p. 42.

paración entre el derecho de la doctrina y el derecho de la práctica, aunque en ambos lados haya habido comparatistas de categoría, conduciendo a ambos –quizá inconscientemente– hacia el Derecho romano, lo que ha culminado en su inaccesibilidad y en su gradual ocaso. De la catástrofe se han salvado los más entusiastas del Derecho comparado y los mejor dotados lingüísticamente hablando. Se está produciendo un *revival*, no tanto debido a los héroes, sino a un mundo política y económicamente cambiado, cambio favorecido por el fin de la guerra fría y la fe creciente en la idea europea. Para salir de la decadencia, MARKESINIS propone una *practicidad funcional*, consistente en hacer lo posible para que el material del Derecho extranjero sea, en primer lugar, interesante para los jueces; pero dado que los jueces ingleses confían en los materiales y argumentaciones que le proporcionan los abogados, hay que fomentar la colaboración entre jueces y abogados; el triángulo debe cerrarse, a su juicio, con los profesores, en una función secundaria aunque útil para que el material comparativo se haga transparente y fácilmente accesible al consumidor final. De hecho, fruto de su experiencia personal, el autor constata que un grupo importante de jueces ingleses se muestran interesados por las soluciones continentales, especialmente alemanas; así lord Goff, lord Woolf, lord Bingham, lord Steyn, lord Hope, lord Clyde, lord Rodger di Earlsferry; y también jueces de la High Court, como Sedley y Schiemann; en vía extrajudicial el lord Chancellor ha demostrado su gran interés por los desarrollos jurídicos europeos. Las referencias en sus sentencias sobre el moderno *Civil Law* han sufrido un incremento notable y continuado, sólo superadas por las declaraciones extrajudiciales de los jueces de los Tribunales superiores que están subrayando el dato de que las diferencias entre el *Common law* y el *Civil Law* no son tan grandes como se creyó en el pasado (21).

El autor, al exponer su propio método se basa, inicialmente, en el propuesto y practicado por RABEL, tal como se deduce de las obras completas (22) de este último; método que ha sido aplicado por sus discípulos y no queda, por lo demás, afectado por las críticas dirigidas a aquél, que resume así: a) *Particularismo*, denunciado por GERBER, consistente en que tal método estaría al margen de otros conocimientos no jurídicos. A ello responde citando el trabajo de RABEL *The Statute of Frauds and comparative legal History* (Law Quaterly Review, 1947), en el que concluye que es necesario estudiar todos los factores presentes en el origen del problema afrontado en vista de su situación; ideas que desarrolla en su *Aufgabe*

(21) Se remite el autor a su obra en dos volúmenes: *Essays on Foreign Law and Comparative Methodology* (Hart Publishing, 1997 y 2001).

(22) *Gesammelte Aufsätze*, IV Band, 1965-1971.

und Notwendig der Rechtsvergleichung (23) y que fue desarrollado por sus discípulos (24). Todo ello sugiere que RABEL puso énfasis en la necesidad de considerar las normas *en su contexto*, animando así a un acercamiento pluridimensional al Derecho, aunque honradamente reconoce MARKESINIS que no siempre actuó aquél en tal sentido. En la misma dirección menciona a KÖTZ, conocido discípulo de RABEL, quien lo aplicó al campo de la responsabilidad civil y lo llevó al conocido Tratado que ha escrito con ZWEIGERT. b) *Estaticidad*, de suerte que, según GERBER, la aplicación del método rabeliano crea una cuidada imagen inamovible, una instantánea, dado que no le afectan los cambios. Replica MARKESINIS que si bien el análisis de un problema específico crea efectivamente una *instantánea*, ella puede representar el punto de partida que ilumine la reforma del Derecho. c) *Modo de proceder*. GERBER lamenta que RABEL haya prestado escasa atención al proceso que crea los instrumentos jurídicos. MARKESINIS ofrece como ejemplo su propia actuación en materias tales como la incidencia de las Compañías de seguro en materia de responsabilidad civil, o en el campo de la *privacy* en constante evolución, o en diversos sectores de la responsabilidad médica (*wrongful birth* y derecho a la vida). Concluye que cabe combinar las *instantáneas* de RABEL con las enseñanzas derivadas del acercamiento a un *derecho vivo*, como puede comprobarse en obras de ATIYAH, SUMMERS y FLEMING (25); de la confrontación entre el Derecho inglés y el norteamericano resulta sorprendentemente que el primero resulta más directo y completo que el segundo; por otra parte, los estudios del Derecho norteamericano, tal como se aplican por los tribunales, no debe haber tanta prisa en trasladarlos, sin más, a Europa como algunos pretenden, entre otras razones por la escasa atención que los jueces norteamericanos dispensan al Derecho extranjero. d) *Indiferencia respecto al Derecho público*. Es cierto que RABEL se concentró en buena parte de su trabajo en cuestiones sobre el Derecho contractual y el mercantil, porque eran los más vivos en su país durante la República de Weimer. Pero opina MARKESINIS que el método rabeliano puede funcionar en otras partes del ordenamiento; y si para RABEL la internacionalización del comercio era una idea dominante, acompañada de la de mejorar la capacidad del profesional alemán, en el momento actual dicho profesional deberá utilizar el Derecho extranjero, y, desde el momento en que no

(23) *Gesammelte Aufsätze*, cit., III.

(24) Así RHEINSTEIN, en materia de Derecho de familia; Mary Ann GLENDON (discípula de este último) en su incisivo y controvertido *Abortion and Divorce in Western Law: American failures, european Challenges*, 1987; LANGBEIN, discípulo también de RHEINSTEIN, que hizo lo mismo con la historia y el procedimiento civil.

(25) ATIYAH and SUMMERS: *Form and substance in anglo-american law* (1987); FLEMING: *The american Tort process* (1988).

pudo hacerlo por sí solo, se ve obligado a acudir al académico. Lo que no significa que deba olvidarse del legislador y del burócrata, ni que haya menores probabilidades de convencerle con estudios detallados, programáticos e interdisciplinarios, que siguiendo, más bien, las teorías de moda.

El autor sigue el método de explicar el Derecho extranjero partiendo de casos y tratar luego de llevar al alumno a la totalidad del sistema; aduce como ejemplo el caso *Greatorrex v. Greatorrex* de la High Court (2000), en el que los jueces ingleses se inspiraron en el Derecho alemán, el cual no ofrecía, sin embargo, una solución única. Por ello propugna que el profesor universitario ayude al abogado a convencer al juez. Niega que el eurocentrismo constituya un vicio; se opone a la introducción en la doctrina comparatista norteamericana de las denominadas *doctrinas modernistas* y *posmodernistas* de que se hacen eco MATTEI y DE ROBILANT, ratificándose en sus convicciones sobre la inutilidad de elaborar doctrinas y teorías carentes de utilidad práctica. Se opone resueltamente a que los comparatistas abandonen a los filósofos el establecimiento del programa del Derecho comparado, e igualmente a los romanistas (26) y a los historiadores del Derecho (27). Discrepa de MATTEI (28) afirmando que sus veinte años de experiencia docente en USA le permiten constatar un terreno favorable a su método comparativo, empírico y práctico, mientras las Universidades se dediquen a formar abogados, y no meramente funcionarios o banqueros, permaneciendo anglosajón en su mentalidad el mundo de las finanzas. En contraste, los comparatistas estadounidenses carecen de toda influencia sobre abogados y jueces.

Para MARKESINIS, a principios del siglo XXI prevalece una realidad económica y política que ha hecho cambiar la actitud frente al Derecho comparado, haciéndolo salir de su *ghetto*; así, la integración europea, el comercio mundial, la globalización de los derechos humanos y los despachos de abogados multinacionales han facilitado que el Derecho comparado ocupe el lugar del Derecho romano como medio único de conocer la existencia de otros sistemas jurídicos en los cursos ingleses de Licenciatura, y sucesivamente en los programas norteamericanos aquél aparece indirectamente en el programa de numerosas especialidades jurídicas. Las decisiones adoptadas por el Tribunal de Luxemburgo o por el Tribunal de Es-

(26) Menciona la pérdida de influencia del Derecho romano en varias universidades europeas, incluso en Alemania.

(27) Recuerda la lección inaugural que en 1888 pronunció MAITLAND en la Universidad de Cambridge sobre el tema *Why the history of English law has no been written*, contrastándolo con el hecho de que en el año 2000 el profesor BACKER, sucesor de MAITLAND en la cátedra, atestigua el número irrisorio de estudiantes que siguen estos estudios.

(28) MATTEI: "Why the wind changes: Intellectual Leadership in Western law", *American Journal of Comparative law*, 1994, pp. 207 y ss.

trasburgo han convencido a los juristas ingleses de que, para los grandes problemas jurídicos de nuestro tiempo, hay soluciones alternativas europeas diversas del Derecho anglonorteamericano; no se olvide que hay un número creciente de hombres de negocios norteamericanos que se han dado cuenta del nacimiento de un nuevo mercado emergente en el que quieren participar. Se ha superado la época vivida en USA en la que el Derecho comparado se enseñaba por un puñado de juristas europeos forzados a exiliarse, secundados por un número todavía más exiguo de genios locales que habían captado el interés científico de aquél.

El capítulo o apartado 3 –el más extenso del volumen– es complejo por su contenido, arrancando de la *Reputology* anteriormente considerada, con una conclusión generalísima: *quien desea ser conocido como comparatista ha de publicar en inglés* [lo que, sin duda, sitúa en condiciones de inferioridad a la mayoría de comparatistas españoles (29), al menos a los *seniores*]. Ofrece un documentado apartado sobre la actual situación del Derecho comparado en Alemania (en las encuestas sobre el Derecho extranjero mencionado por los Tribunales alemanes no hay ninguna referencia al Derecho español, y, por supuesto, a autores hispanos). En una *nota conclusiva* hace reservas sobre las conclusiones que pueden deducirse de la *Reputology*, reconociendo defectos del método utilizado, si bien cree utilizable sus resultados. De las encuestas no se confirma la idea de que el Derecho comparado se encuentra en un *ghetto*; tal afirmación sólo valdría con reservas añadiendo que tal cosa se debería a culpas propias. En USA hay dos comparatistas entre los autores más citados; hay comparatistas que aparecen mencionados en todos los continentes. Pero los comparatistas más citados carecen de toda proyección en el mundo de la práctica. Opina que la investigación debe ampliarse a la utilización del Derecho comparado por los legisladores; teme que éstos acudan a los trabajos comparativos escritos por los autores que utilizan el mismo idioma que el legislador, sin acudir a las fuentes originales.

El caso *Greatorex v. Greatorex* resuelto en el año 2000 por la *High Court* inglesa con ayuda del Derecho extranjero (en particular, alemán), da pie a MARKESINIS a amplias consideraciones para explicar su método comparativo propio (30). Los hechos son relativamente simples: Un menor de edad conduce con grave negligencia un vehículo, y sufre un aparatoso accidente resultando gravemente lesionado; en el grupo de asistencias que acude en su auxilio figura, precisamente, el padre del herido, quien sufre

(29) El autor impartió enseñanzas en la Universidad de Lérida por algún tiempo, pero no cita ningún autor de habla española, aunque de pasada lamenta la marginalidad de los derechos hispánicos en el ámbito comparativo.

(30) Pp. 191-222.

un grave *shock* al atender a su hijo. Dado que el conductor carece de seguro, el problema que se plantea es si el padre, además de demandar en nombre de su hijo al equivalente del Fondo de Garantía por los daños sufridos por aquél, podrá reclamar igualmente los daños morales que ha sufrido personalmente al tener que atenderle en el lugar del accidente. Un caso similar había sido resuelto por s. de 11 de mayo de 1971 del TS alemán (daño moral por *shock* psíquico al comunicar a la esposa de cincuenta años la muerte por accidente de su marido de sesenta y cuatro años, hecho en el cual la culpa de la víctima concurrió con la del causante de aquél). Se discutía si procedía una reducción de la cuantía de la indemnización. A juicio del autor, en el Derecho norteamericano no se contempla exactamente el mismo caso, y la solución que se dé depende de la regulación de la responsabilidad por culpa extracontractual en cada uno de los Estados. Por ello analiza minuciosamente las razones por las cuales el juez inglés acudió a la jurisprudencia alemana; ello fue así, inicialmente, porque en la bibliografía de lengua inglesa no existían precedentes judiciales de otros países continentales; además la invocación se hizo por el abogado del Fondo de Garantía, quien proporcionó una completa información comparativa en este idioma (es decir, “en forma altamente digerible para el consumidor inglés”); se utilizó una terminología jurídica ya difundida y conocida por los ingleses; el resultado hubiera sido diverso si la consulta hubiera debido pasar, en cambio, a través de textos legales o profundos tratados jurídicos; la facilidad lingüística del precedente norteamericano desaparecía ante la complejidad de su sistema jurídico. La conclusión es que hay un *soft law* que circula entre los países europeos a condición de estar debidamente presentado; el profesional del Derecho inglés se beneficiará con una consulta ulterior del Derecho comparado en la materia, y, sobre todo, después de este caso, del Derecho alemán de la responsabilidad civil; y si se profundiza en la compleja construcción alemana de la responsabilidad civil, lo hará con mayor seguridad, pues el caso *Greatorex* ha abierto nuevos caminos al Derecho comparado ante los Tribunales ingleses.

El tratamiento del Derecho comparado en materias propias del Derecho público es breve (31), aunque agudo y sustancioso. Se fija en el tema de la responsabilidad civil de la Administración Pública ante los tribunales franceses e ingleses, tratando de averiguar las razones últimas de las divergencias, así como de los principios filosóficos que han inspirado el caso *Perruche* francés y los de otros países. Trata de elaborar una doctrina general que diferencia tres círculos diferentes. A su juicio, las diferen-

(31) Pp. 223-252.

cias reales entre los sistemas de Derecho público no son las superficiales derivadas de hechos semejantes que dan origen a controversia; la gran mayoría de los juristas han concentrado sus esfuerzos sobre la noción de soberanía del Estado, típica del siglo XIX, de modo que se han exasperado las indiscutibles diferencias, en lugar de evidenciar las analogías igualmente importantes, desarrollando así una vinculación celosa a los instrumentos heredados de su propio sistema. A juicio de MARKESINIS, el siglo XXI exige otra actitud a los juristas para individualizar y afrontar las cuestiones verdaderamente centrales (que integran el tercer círculo), valorando en ellas su carácter transnacional, fuente de inmensas oportunidades para intercambiar ideas jurídicas. La correcta comprensión de los diversos sistemas consiste en ir reduciendo la importancia del segundo círculo y descubrir y definir las cuestiones reales que se ocultan en el tercero.

El autor hace una declaración de fe en su propio método comparativo que considera aplicable con éxito a todas las áreas del Derecho y a través de todas las fronteras. Lo prueba el hecho de que cada día se incrementan las analogías existentes entre los países europeos; analogías que no son consecuencia exclusiva de las Directivas, leyes-marco o tratados internacionales, que siempre se han ocupado de regular nuestra vida, sino de otros fenómenos, como la creciente urbanización, la industrialización, el desplazamiento del comercio a nivel interestatal; fenómenos todos ellos que atenúan las diferencias locales de pensamiento y de comportamientos y producen una asimilación de gustos, de actuaciones y de valores. Todo lo cual influirá en el tercer círculo y obligará a los juristas a adoptar mayor apertura en el razonamiento jurídico, desarrollar mayor propensión a la interdisciplinariedad y a mostrarse más sensibles a las necesidades de quien utiliza sus materiales.

A modo de conclusiones finales, MARKESINIS hace unas consideraciones, fundamentalmente prácticas, aplicables, en principio, al Derecho inglés, aunque sean generalizables. Recuerda algunas anécdotas del inicio de su estancia en Francia (32) y contrasta las dificultades que encontraba la enseñanza del Derecho comparado con los factores que han producido un cambio de mentalidad entre profesores y alumnos. Detecta, con todo, una *mentalidad provinciana* en la mayoría de los abogados ejercientes actualmente, así como el hecho de que muchos jueces consideran la internacionalización de la vida jurídica como una *amenaza* al mundo en que

(32) Por ejemplo, las dificultades que encontró en la Universidad de París para utilizar los servicios de una fotocopidora, resueltos por intervención personal de TUNC, uno de los pioneros franceses del Derecho comparado; o la empresa casi insuperable de enviar estudiantes ingleses a la Facultad Internacional de Estrasburgo, pilotada entonces por los buenos oficios de Mme. SOLÁ (de lo que fue testigo el recensor).

han sido educados. Pero ve el futuro con optimismo, ya que –no sin cierta exageración– comprueba que ninguna de las áreas del Derecho interno se sustrae al Derecho comunitario, y advierte en Inglaterra ciertos síntomas favorables (por ejemplo, la apertura que están demostrando miembros pertenecientes a la cúspide del poder judicial inglés, como lord BINGHAM, lord WOOLF, lord STEIN y lord CLYDE; así como otros miembros del Tribunal de Apelación, como AULD, LAWS y SEDLEY). Apertura que tiene su complemento en la cita por sentencias inglesas del Derecho extranjero, especialmente los *Motivos* del BGB. De aquí su fórmula que reitera a lo largo de la obra: *Que el profesor predisponga el producto extranjero de modo interesante, que el abogado esté dispuesto a utilizarlo, y que el juez tenga mentalidad suficientemente abierta para hacer lo propio.*

Dificultades. Desde el punto de vista inglés, no oculta el autor cierta mentalidad social hostil hacia todos los europeos, que son *bárbaros, capaces de aniquilar la cultura inglesa*, y que luego se diversifica, sea hacia los franceses, los alemanes, los italianos y, eventualmente, hacia los griegos. La permanencia de ciertos estereotipos basados en interpretaciones erróneas del Derecho extranjero (sobre el *Juge d'Instruction* francés que actúa sobre la base de que toda persona es culpable mientras no se demuestre su inocencia). El problema del idioma todavía no resuelto, aunque en vías de serlo por la creciente difusión del inglés, las dobles titulaciones universitarias, el incremento constante de material extranjero disponible en Internet. El *packing* o forma de presentación de la legislación extranjera de modo atractivo. *Estar al día en legislación extranjera*: grave problema que MARKESINIS encomienda a los profesores, ironizando sobre el juez inglés que, en un caso de *wrongful conception*, invitó a los abogados a que encontraran citas de ARISTÓTELES en los casos ya fallados (apareció una sola), mientras que en la jurisprudencia europea se habían producido varias sentencias en los dos años anteriores. En materia de responsabilidad civil, que conoce a fondo el autor, considera que hay espacio para un compromiso entre la generosidad norteamericana (necesaria, en su opinión, por la ausencia de un sistema de seguros sociales) y la parsimonia (a veces excesiva) de los europeos.

Finalmente, para promover un mayor intercambio intelectual, sugiere las siguientes medidas: 1.^a Garantizar la traducción al inglés de las fuentes más relevantes de los sistemas jurídicos más importantes. 2.^a Promover la exégesis gradual de este material. 3.^a Coordinar las actuaciones de los diferentes centros de investigación comparativa existentes en cada país (frente a la dispersión holandesa, el autor propone que en Inglaterra, Cambridge asuma una función primordial en materias de Derecho público, Derecho internacional, Criminología e Historia del Derecho, mientras que

Oxford debiera concentrarse en el Derecho comunitario y del Derecho del Trabajo, y Londres en el Derecho privado, en tanto que Southampton debiera hacerlo en el Derecho marítimo). 4.^a Lograr la colaboración de los colegios de abogados. Y 5.^a Institucionalizar los intercambios judiciales.

¿Conclusiones para juristas españoles? No resulta fácil formularlas cuando resulta que el libro margina a todo lo hispano conscientemente, circunstancia que el autor reconoce, aunque parece lamentarlo. Con óptica anglosajona (aunque no olvida sus orígenes y formación europea continental), el autor brinda un brillante y perspicaz cuadro del Derecho comparado en el mundo occidental durante los últimos treinta y cinco años. Alguno pudiera pensar que si, según MARKESINIS, en relación con el Derecho comparado, hemos pasado de l'*Age d'or* a la decadencia, ¿para qué seguir preocupándonos en el siglo XXI por el Derecho comparado? ¿Que sigan inventando ellos! Sin embargo, no parecería razonable secundar semejante pesimismo, y, a mi juicio, sería más positivo seguir constatando los extraordinarios frutos que en los últimos decenios está produciendo la doctrina italiana comparatista, por más que tampoco se libre ésta de críticas por parte de MARKESINIS.

IV. El Derecho comparado como ciencia: perspectiva de un comparatista rumano

Conocidas son las estrechas relaciones científico-jurídicas que, desde el siglo XIX, se han mantenido entre Francia y Rumanía, no interrumpidas ni siquiera durante los años oscuros de Ceaucescu (33); basadas, entre otras razones culturales, en el hecho de que el CC rumano de 1865 se inspiró fundamentalmente en el *Code*, por más que el período comunista significara la amputación de buena parte del mismo. Fruto de tales relaciones es la frecuente publicación de obras, sea en francés, sea con proyección en el mundo galo y la presencia de profesores de origen rumano en las Universidades francesas. La obra ahora vertida al italiano parece fue escrita inicialmente en alemán, aunque el mismo año se publica también la versión francesa, y años más tarde la española en Chile. Por otra parte, la extensa cultura del autor explica la presencia de autores de len-

(33) Compartí amistad con el profesor Aurelian IONASCO de la Universidad de Cluj durante los años sesenta del pasado siglo, con ocasión de los Congresos Internacionales de Derecho Comparado, y recuerdo sus confidencias en la Facultad de San Sebastián cuando me decía que acostumbraba a conversar con su querida esposa Lucjca en un paseo público de su ciudad para evitar los micrófonos que estaba seguro había puesto el Gobierno en su propio domicilio (pues era un prestigioso profesor que una vez al año pasaba varios meses en París impartiendo clases y dando conferencias).

gua española, de diferentes ramas del saber, que aparecen en la obra, y que aquí merece destacarse (34).

Una breve biografía, intensa y variada, nos adentra en la personalidad de este autor; de origen rumano, que ha sido profesor ordinario de Derecho Europeo y director del Instituto de Derechos Europeos en la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de Saarbrücken. Previamente se había laureado en Derecho en la Universidad de Bucarest y realizado los estudios del tercer ciclo en la Universidad de París, en donde obtuvo tres Diplomas Superiores (Derecho civil, Derecho público y Economía política). Obtuvo también el Premio Dupin Aîné, y antes de ser nombrado *Privatdozent*, desempeña funciones de Consejero de Legación en la Embajada de su país en Lisboa, siendo colaborador del CNRS de París. Es autor de varias monografías sobre resolución de los contratos sinalagmáticos, incumplimiento de las obligaciones, responsabilidad contractual y aplicación directa del Derecho comunitario. Pero, sobre todo, es un prestigioso comparatista, de quien dos volúmenes anteriores del magno Tratado habían sido ya traducidos al italiano en la misma colección (35).

En la amplia presentación de este volumen III, FAVALE (36) sintetiza con acierto los objetivos de la obra: "El método de esta Ciencia [del Derecho comparado] es la macrocomparación; su objeto, los ordenamientos jurídicos; y su objetivo es compararlos con la finalidad de reagrupar y clasificar los ordenamientos jurídicos tipológicamente emparentados en los grandes conjuntos a que pertenecen los sistemas jurídicos. Objeto de la ciencia de los Derechos comparados es el examen de los modelos jurídicos, en su globalidad y autonomía, y de los problemas que plantean. El campo propio de esta ciencia, como disciplina autónoma, es, por tanto, la comparación de los ordenamientos en sus estructuras específicas, la formación de los sistemas y el examen de los mismos en su historia y geografía, en la naturaleza del tipo de su Derecho, en sus estructuras específicas, es decir, en el tipo de los elementos determinantes que los caracterizan. La función de la ciencia de los Derechos comparados es siempre la de proceder a comparaciones sistemáticas internas y externas, con la finalidad de com-

(34) Cito por el orden alfabético del Índice de Autores a los siguientes de lengua española: ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Mercedes BALLESTEROS GEBROIS, BENEYTO, BEVILACQUA, CASTÁN TOBEÑAS, CASTÁN VÁZQUEZ (mencionado como Vásquez), DE SOLÁ CAÑIZARES, ELÍAS, GARCÍA GALLO, HERNÁNDEZ GIL, LLOMPART, MARTÍNEZ PAZ, OTS y CAPDEQUÍ, PEÑA, QUINTANO RIPOLLÉS, RECASENS SICHES, ROCA SASTRE, RODRÍGUEZ RAMOS y ROIG. Casi una veintena de citas, correspondientes, como se observa, a autores de muy diversas materias (incluso no jurídicas), demuestra una gran curiosidad intelectual en el autor que, sin duda, conocía en profundidad la lengua y la cultura españolas.

(35) En 1996 se publica la 2.ª edición de la *Introduzione al Diritto comparato*, y en el 2000, también la 2.ª edición de *Il metodo comparativo*.

(36) *Op. cit.*, pp. XL y XLI.

prender los sistemas jurídicos en sí mismos y en sus relaciones, es decir, *su posición y oposición jurídica, ideológica, económica y social*. Esta ciencia, como toda disciplina autónoma, comporta abstracción, que se efectúa pasando de los hechos a la idea, de la multitud incoherente de las observaciones a la unidad de las reglas, de la yuxtaposición caótica de los nuevos conocimientos a su integración en un sistema ordenador y explicativo”.

En la *Introducción*, el profesor Vlad CONSTANTINESCO, profesor ordinario de la Facultad de Estrasburgo y decano de la FIDC, advierte que la muerte impidió al autor completar los libros IV y V de este volumen y explica cómo se ha procedido para darlos a la luz. En mi opinión ello no desmerece la calidad de este importante Tratado comparatista publicado en la *Collana* titulada *Sistemi Giuridici comparati*, que dirige el profesor PROCIDA MIRABELLI DI LAURO.

Observa FAVALI que el presente volumen no estaba inicialmente programado y que ha sido resultado de las reacciones doctrinales que produjeron la aparición de los anteriores volúmenes. En todo caso, para elaborarlo no ha seguido un normal método de abstracción, sino que, partiendo de la estrecha relación entre la teoría y la práctica, se apoya en problemas concretos. A juicio de CONSTANTINESCO, dos obstáculos decisivos han impedido, hasta ahora, la elaboración de una ciencia de los Derechos comparados, a saber, el excesivo nacionalismo de los autores y la carencia de un criterio ordenador de los diferentes sistemas jurídicos; bien entendido que predicar la autonomía de una disciplina no supone proclamar su independencia total y absoluta, sino únicamente su interdependencia. Para que haya una nueva rama de la ciencia deben –a su juicio– concurrir diversos requisitos: la aparición de nuevos problemas; el nacimiento de nuevos conocimientos; la nueva sistematización que origine un *Mapping law* a través de la macrocomparación, y de la *Verwandschaft* o parentesco que debe analizarse entre sistemas actualmente vigentes, con base en sus elementos determinantes.

Quizá una de las partes más interesantes de este volumen sea la dedicada a exponer con gran detalle los diversos *ensayos de clasificación de los sistemas jurídicos* (37), y su crítica, pasando así revista tanto a los antiguos como a los modernos ensayos de clasificación de los mismos. Se inicia con el intento del francés GLASSON, a finales del siglo XIX; en fechas similares, se une la del japonés HOZUMI, a quien se considera el primer comparatista digno de este nombre en su país; y también la del brasileño BEVILACQUA; y cuarenta años más tarde la del argentino MARTÍNEZ PAZ; todos estos autores pertenecen a la dirección o corriente denominada ge-

(37) Se trata de las pp. 39-139, que integran el Libro 2.º, que se complementan con el Libro 3.º, pp. 141-223, en donde desarrolla su propia concepción.

nético-histórica, que, a juicio de CONSTANTINESCO, se concluye con las clasificaciones de LEVY-ULLMANN (1922) y SARFATTI (1933). Mayor interés para el comparatista contemporáneo ofrecen, sin duda, los modernos ensayos de clasificación que se abren con la clásica obra de ARMINJON-NOLDE-WOLFF, *Traité de droit comparé*, I (París, 1950), que agrupa a todos los sistemas jurídicos del mundo en siete familias: el *derecho francés* con Portugal, España, Italia, Louisiana, países hispanoamericanos, Bajo Canadá, Rumanía, Egipto, etc.; la *familia germánica*, en la que conviven elementos romano-germánicos, incluyendo la codificación alemana, la austríaca y la suiza; la *familia escandinava*; la *familia inglesa y anglosajona*; los *derechos islámicos*; el *derecho hindú*; los derechos influidos por el *sistema soviético*. Aquella inicial clasificación se perpetúa con la de GRISOLI (1962), con los paralelos intentos de la doctrina española (38) que argumenta, a su vez, sobre la existencia de un grupo iberoamericano, con la propuesta de EICHLER (39), y con las clasificaciones de CASTÁN VÁZQUEZ (40), que con base en las Leyes, textos jurídicos y praxis judicial, introducidos en los territorios españoles ultramarinos, justifican la existencia de una familia jurídica propia, la conciencia de la unidad y de la existencia de una comunidad iberoamericana que permitiría realizar más fácilmente la unificación jurídica, al menos, en determinadas áreas. Se ocupa a continuación de lo que denomina *clasificación tipológica* —en la que, por cierto, nos hemos educado y somos tributarios no pocos de los actuales comparatistas—, incluyendo en ella a DAVID, ZWEIGERT, SILVA PEREIRA y CASTÁN TOBEÑAS.

Las clasificaciones de DAVID (41) han variado a lo largo del tiempo, y así en su *Traité* (1950) reagrupa a los ordenamientos jurídicos mundiales en cinco sistemas (occidental, soviético, musulmán, hindú y chino). En su obra más difundida, *Les grands systèmes*, etc. (1.^a ed., 1964), se limita a hablar, en cambio, de cuatro grandes familias: la romano-germánica, la de los países socialistas, la del *common law* y la de los derechos religiosos y tradicionales. A partir de la 5.^a edición la clasificación cambia de nuevo, simplificándola en tres grandes familias (romano-germánica, socialista y del *common law*), si bien admite que debe buscarse acomodo a otras con-

(38) Se refiere a la clasificación de SOLÁ CAÑIZARES: *Iniciación al Derecho comparado* (Barcelona, 1954), que distingue cuatro grandes sistemas jurídicos: el occidental o eurocontinental, el soviético, el religioso y el chino.

(39) Contenida en su colaboración al Homenaje a CASTÁN ("Die Rechtskreise der Erde", en *Estudios*, etc., IV, pp. 291 y ss. (Pamplona, 1969), y en obra posterior: *Gesetz und System* (Berlín, 1970), pp. 64-95.

(40) En el estudio —que CONSTANTINESCO califica de *importante*— "El sistema del derecho privado hispanoamericano", en *Estudios*, etc., cit. I, pp. 155 y ss.

(41) De quien afirma elogiosamente: "DAVID es seguramente el comparatista que ha dedicado la mayor parte de su obra a la descripción de los sistemas jurídicos y con ello, implícitamente, a la clasificación de los ordenamientos" (*op. cit.*, p. 96).

cepciones del orden social y jurídico (incluyendo eventualmente en este grupo, además del Derecho musulmán e hindú, los de Extremo Oriente, África y Madagascar).

No ahorra críticas a las variadas opiniones sustentadas por ZWEIGERT en la materia. Inicialmente (*Methodologie du droit comparé*, en *Mélanges Maury*, 1960) opina que el dilema entre método o ciencia autónoma carece de importancia, ya que adoptar una u otra postura produce escasos frutos. Luego parece adscribirse a la dirección de que el Derecho comparado es método. Luego en 1961 (*Zur Lehre von den Rechtskreisen*) propone nuevos criterios de clasificación, denominada *Stildoktrin*, que a juicio de CONSTANTINESCO representa un modo de concebir nuestra asignatura como disciplina autónoma (42), y que se ha incorporado, en definitiva, como opinión compartida a la fundamental *Einführung* que publica con KÖTZ. Son características del *estilo* las siguientes: *las particularidades esenciales de cada sistema*, a saber, el origen histórico y el desarrollo de un ordenamiento, un modo específico de discurrir jurídicamente, institutos jurídicos particularmente característicos, la naturaleza de las fuentes y su interpretación, y, por último, los factores ideológicos. Con arreglo a estos criterios, ambos autores diferencian los siguientes sistemas en razón a su estilo: 1) el modelo romano, 2) el modelo alemán, 3) el modelo anglosajón, 4) el modelo nórdico, 5) el modelo socialista, 6) el modelo del Extremo Oriente, 7) el modelo islámico y 8) el derecho hindú (43).

Menor atención dedica a la clasificación fundada en el elemento cultural e ideológico, ocupándose, a este propósito, de las teorías de SILVA PEREIRA (44), y CASTÁN TOBEÑAS (45), que agrupa los ordenamientos jurídicos en cuatro grandes sistemas: el modelo de cultura occidental, el ex sistema soviético, el modelo islámico y el oriental. A su vez, el primero se subdivide en cuatro subgrupos (de tipo histórico como el romano y el canónico; los derivados de la descendencia romano-cristiana; el Derecho inglés y el norteamericano, que no han sufrido la influencia del Derecho romano; y los derechos en los que se entrecruzan el mundo anglosajón y

(42) El autor, que ha polemizado reiteradamente con ZWEIGERT, resume así las diversas doctrinas, incompatibles entre sí, a propósito del tema: 1) El dilema ciencia-método carece de importancia; 2) El Derecho comparado sólo es método; 3) El Derecho comparado es la disciplina autónoma que se ocupa de la clasificación de los ordenamientos jurídicos en sistemas, y 4) El Derecho comparado es la disciplina autónoma cuyo objeto consiste en elaborar una tipología universal de los institutos jurídicos.

(43) Prescindo aquí de la minuciosa crítica que el autor hace de la concepción de ZWEIGERT (y por derivación de KÖTZ) en *op. cit.*, pp. 104-115.

(44) SILVA PEREIRA: "Unidade da cultura jurídica occidental", en *Rev. da Faculdade de Direito de Univ. de Minas Gerais*, 1954. Este autor propone cuatro grandes familias: la romano-cristiana, la del *common law*, el ex sistema soviético y los derechos filosófico-religiosos.

(45) CASTÁN TOBEÑAS: *Los sistemas jurídicos contemporáneos*.

el romano). El segundo abarca tres subgrupos (derechos de tipo latino, incluyendo el ibérico; derechos de tipo germánico y derechos en los que se entrecruzan la influencia bizantina y romana con la codificación alemana).

Para el comparatista europeo occidental resultan de interés retrospectivo las observaciones de CONSTANTINESCO a propósito de las clasificaciones de los sistemas jurídicos en la doctrina marxista (46). Inicialmente muestra esta última profunda desconfianza sobre el Derecho comparado, al que prácticamente se lo ignora. A partir de los años sesenta del siglo pasado se inicia un tímido diálogo entre comparatistas occidentales y marxistas, de muy difícil concreción, dado que estos últimos parten de la superioridad del Derecho de la URSS, lo que, en principio, impediría su comparación con ninguno de los demás. Se acepta, en cambio, sin restricciones la práctica del método comparativo dentro del sistema de los países del Este (*Derecho comparado socialista*), con apoyo en la microcomparación. A juicio de CONSTANTINESCO (47), el Derecho comparado socialista *oficial* no ha ofrecido nada de nuevo ni de original. Tampoco ha sido aceptada generalmente la única clasificación aceptada oficialmente: sistema socialista y sistema capitalista (48). El tema, en Europa, ha pasado a ser histórico (aunque no deben olvidarse la subsistencia de los sistemas chino, coreano, vietnamita y cubano, como persistentes reliquias de un pasado ya superado).

A la hora de exponer su concepción propia, lo fundamental para el autor es la macrocomparación que sirve para redescubrir las raíces esenciales de los ordenamientos jurídicos, que se han ido perdiendo mientras ha dominado el positivismo jurídico. El Derecho es un medio para alcanzar un orden político, social y económico que refleja una finalidad determinada por un sistema de valores; así resurge el binomio legitimidad/legalidad del derecho que el positivismo ha contribuido a confundir. El sistema de valores pertenece al mundo social y metajurídico que confluyen en el ordenamiento, los cuales, como factores esenciales del *donné social*, visibilizándose en el ordenamiento a través de los elementos determinantes, inciden así en el *construit juridique*. De este modo, la teoría de los *elementos determinantes* constituye la clave para orientarse entre los ordenamientos y sistemas jurídicos; tales elementos no viven aisladamente, sino que son interdependientes, tienen carácter complementario y reaccionan entre sí para constituir un sistema.

(46) *Op. cit.*, pp. 117-129.

(47) *Op. cit.*, p. 120.

(48) El autor apenas si reconoce valor científico a un representante de la llamada *Escuela húngara*, EÖRSI: "On the problems of the division of legal systems", en *Inchieste di diritto comparato* II (Padova, 1973), pp. 192 y ss., y, eventualmente, a SZABÓ: "The socialist conception of Law", en *Enc. Comp. Law*, I, 1975, pp. 49 y ss.

Las diversas finalidades sociales perseguidas por las sociedades y civilizaciones no son compatibles con un único tipo de Derecho. Los diversos modelos jurídicos expresan un determinado tipo de Derecho y el objetivo de la macrocomparación es el de desvelar las diferencias esenciales, el fundamento y la razón de ser de los diversos modelos jurídicos. Hay que precisar sus tipos: el carácter profano y autónomo del derecho, el *consensus* y sus relaciones con el *imperium*, y, en general, las diversas finalidades perseguidas por el ordenamiento. Las clasificaciones propuestas por CONSTANTINESCO no son absolutas, sino relativas, de modo que no existe siempre una plena oposición entre sus componentes. La aplicación de los criterios clasificatorios conduce a la construcción de modelos. Es posible una comparación intrasistémica que permita captar las reales diferencias entre los modelos. Una comparación científicamente válida estudia y valora los elementos determinantes y las finalidades en el modo de realizarse en la práctica; el conocimiento de un modelo jurídico se realiza, tanto desde el interior como del exterior, mediante su confrontación con otros modelos. Los círculos jurídicos (*Rechtskreise*), como arquetipos que reúnen a los ordenamientos emparentados entre sí, son construcciones ideales que poseen un fundamento histórico y son manifestaciones de una civilización. Los elementos determinantes no pueden ser trasplantados de un modelo a otro porque las correspondientes civilizaciones no son intercambiables. El agrupamiento de los ordenamientos en sistemas no pueden tener caracteres absolutos, ya que está condicionado permanentemente desde el punto de vista histórico.

V. Juicio valorativo

Creo representa un indudable acierto para los cultivadores del Derecho comparado en Italia el que se hayan traducido estas dos obras de alcance general. Con la segunda viene a completarse una obra anterior importante de CONSTANTINESCO, ya vertida al italiano; autor que en la aquí considerada tiene la audacia de configurar una verdadera ciencia allí donde muchos sólo han visto un simple método; mientras que la traducción de MARKESINIS ofrece un –siempre interesante– contrapunto anglosajón, aspecto no totalmente olvidado, aunque sí puesto en segundo término en la del profesor rumano (49). Para lectores españoles este último

(49) No falta la mención de bibliografía anglosajona en sentido amplio (las obras clásicas de AUSTIN, BLACKSTONE, POLLOCK; el juez CARDOZZO; SALMOND, POUND, BRYCE, TAYLOR, DAWSON, EPSTEIN, LAWSON, FRIEDMANN, etc.), pero apenas si se citan precedentes judiciales ingleses o norteamericanos.

autor representa un ejemplo de generoso universalismo, que es de agradecer. Los docentes y discentes españoles de Derecho comparado encontrarán en ambas un material de consulta y reflexión sumamente útil.

VI. Obras generales dedicadas a la enseñanza del Derecho comparado

He agrupado al principio, bajo el epígrafe bastante comprensivo de *Obras dedicadas a la enseñanza*, las debidas a la pluma de LUPOI (*Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, 2001), VARANO-BARSOTTI (*La tradizione giuridica occidentale*, vol. 1, 2002), y AJANI (*Sistemi giuridici comparati*, 2005). En principio, la razón determinante ha sido el orden de su publicación dentro del primer quinquenio del siglo XXI, sin atender a las diversas escuelas a que pertenecen los autores. En sí mismo, este hecho es prueba convincente del estado floreciente del Derecho comparado en Italia cuando los alumnos tienen a su disposición variedad de Manuales.

LUPOI declara en la contraportada de su libro *di non volere essere un libro di testo*, sino que, más bien, su objetivo es *estimular líneas originales de acercamiento a la sistemática comparatista*. Por tanto, es un libro dedicado a los estudiantes que se presenta como *contestatario*, proponiendo alternativamente, por ejemplo, el concepto de *flujos jurídicos* como llave de comprensión de los fenómenos comparatistas de la edad moderna (50). Más adelante se verá cómo, en cierto modo, la novedad radica en la pre-

(50) Para LUPOI: *op. cit.*, p. 72, la historia del Derecho conoce numerosos casos de teorías y conceptos jurídicos que pasan de un sistema a otro; se habla usualmente de *influencia* entre los sistemas interesados. Pero si se las encuadra como *flujos jurídicos*, considera el autor que se gana en claridad de análisis con tal de que se empleen las técnicas puestas a punto para estudiar los flujos. El flujo jurídico no se realiza sin una necesidad. Las razones de los flujos jurídicos deben ser estudiadas por los comparatistas, individualizándolas y, con el tiempo, tipificándolas. A veces la necesidad consiste simplemente en la de recibir determinado flujo, sean cualesquiera sus resultados (así ocurrió en el Japón en la segunda mitad del siglo XIX). En la base de los modernos *trasplantes* suele haber un flujo jurídico, es decir, la percepción de un dato legislativo extranjero cuya relevancia se advierte como imprescindible para satisfacer una necesidad; las reglas que nacen de él son extrínsecas respecto a la sociedad y a sus valores, pero sólo se les pide que proporcionen rápidas soluciones; se trata de algo que se toma en bloque, y no constituye un modelo. Misión del comparatista será indagar si y dentro de qué límites la sociedad ha sido modificada por el trasplante, tanto si ha sido voluntario como impuesto. A juicio de LUPOI (*op. cit.*, p. 78), el tema central del tiempo presente es el de los flujos jurídicos, dado que los ordenamientos jurídicos tienden a la comunicación de modo natural, y puede decirse que se observan mutuamente y por ello ya se modifican. La enorme cantidad de informaciones que circulan no tiene parangón con épocas precedentes de la civilización. Hay una predisposición a la comunicación que parece haber llegado a ser un valor en sí misma, y el acogimiento del flujo ha venido a ser la prueba de la veracidad del valor. Esta comunicación, inmediata y global, no filtrada, ahorra al comparatista el viaje, y aquí radica la *pobreza* de su contenido informativo.

sentación y en lo que podría calificarse de cierto *desparpajo expositivo* del autor. Lo que sí resulta claro es que este Manual no resulta comparable con los otros dos, similares en su estructura y objeto (fundamentalmente estos últimos tratan de los sistemas de *civil law* y *common law*), aunque no son totalmente coincidentes en su contenido (51), y que, por otro lado, responden a un modelo de *Manual* universitario bastante difundido en Italia. Constatamos, a su vista, que sigue siendo importante el texto doctrinal que propone el autor, pero resulta cada vez más extensa la parte dedicada a *materiales comparativos* de origen muy variado (textos de Códigos en vigor; Convenios internacionales; a veces, meros proyectos; sentencias de Tribunales de Casación de diversos países, etc.), transcritos a veces en su lengua original (francés, inglés y español) y otras traducidos (alemán). Resulta evidente que, con su manejo, los estudiantes tienen la facilidad de utilizar textos no siempre cómodamente accesibles en sus Universidades, lo que, sin duda, obligará a revisarlos con frecuencia para actualizarlos. El Manual de VICENZO VARANO y VITTORIA BARSOTTI indica en el enunciado que contiene *Testo e materiali per un confronto civil law-common law*, al tiempo que se anuncia un volumen II con *Argomenti per un confronto civil-law common law* (pendiente de publicación). En la obra de AJANI se acompaña un completo índice de documentos, siguiendo el orden de los capítulos, en el que, por ejemplo, sorprende de algún modo ver transcritos íntegramente los índices del CC de 1889 y del CCom de 1885 (52), mientras que en el texto apenas si se dedican unos párrafos finales a la codificación española dentro del epígrafe rotulado *il successo del Code Civil*. En el Manual de VARANO-BARSOTTI, los documentos figuran en apéndices y, en su conjunto, resultan ser, en algunos aspectos, más variados y actuales (53) que los incluidos en la obra de AJANI. Con todo cabe decir que en ambas se ofrece a los estudiantes un material auxiliar idóneo para la formación comparatista de aquéllos.

La estructura de la obra de VARANO-BARSOTTI responde a las cuestiones que pueden considerarse clásicas entre los Manuales europeos. Después de una breve *Introducción* al Derecho comparado, los autores exponen la tradición del *Civil law* (con criterio un tanto restrictivo: así el Derecho español y el portugués, al igual que el de los países iberoamericanos, pasan por ser epígonos del francés, y se omite la actual situación del Derecho de los antiguos países del Este), exponiendo sus orígenes, y

(51) Hay que señalar el interesante capítulo IV sobre *La tradición jurídica de los países nórdicos*, pp. 415-447, debido a SIMONI, en la obra de VARANO-BARSOTTI.

(52) ¿Tiene algún interés comparativo, a principios del siglo XXI, el contenido del CCom español de 1885, del que queda muy poco en vigor?

(53) Así referencias al Proyecto de Pavía del Código Europeo de Contratos, a los principios de UNIDROIT, al Tratado constitutivo de la UE y a diversas Directivas.

la época de la codificación, con un interesante apartado relativo a las fuentes del Derecho (54). A continuación, y con amplitud, se expone la tradición del *Common Law* (orígenes, organización de la administración de justicia, fuentes y Derecho norteamericano). Especialmente rico es el Apéndice III de este último capítulo, en el que se incluyen la *Magna Charta Libertatum* de 1215; el *Statute of Westminster* II, de 1285; varios casos de *Writ*; un marco de la organización judicial inglesa (fechado en 1999); el *Bill of Rights* de 1688; casos famosos de los Tribunales ingleses y norteamericanos, transcripciones de textos comparatistas anglosajones, etc., y, finalmente, una tabla orientativa para encontrar la jurisprudencia y leyes norteamericanas, de extraordinaria utilidad para la enseñanza. Ciertamente, mientras no se publique el segundo volumen no se podrá juzgar definitivamente si los autores –profesores de Derecho comparado en la Universidad de Florencia– han satisfecho las perspectivas abiertas por la aparición del primero. De momento, la valoración es globalmente positiva; así cabe decir que el índice bibliográfico (pp. 449-456) ofrece un amplio panorama de la doctrina occidental (aunque con total ausencia de autores españoles), y que el índice de casos jurisprudenciales es lo suficientemente amplio para que los estudiantes adviertan de su extraordinaria importancia práctica, y de la variedad y riqueza de los utilizados en esta obra (jurisprudencia francesa de la *Cour de Cassation* y del *Conseil d'Etat*; jurisprudencia inglesa desde 1304 hasta nuestros días; jurisprudencia italiana [del Tribunal Constitucional, del TS y de alguna Corte di Appello]; jurisprudencia estadounidense, alemana y de la CE). ¿Será mucho pedir que en sucesivas ediciones se invoque también la jurisprudencia de los Tribunales españoles, ahora que, por ejemplo, se hace eco de ella la ERPL?

La obra de AJANI –profesor ordinario de la Universidad de Torino y discípulo de SACCO– viene a coincidir sustancialmente en su estructura con la obra anterior. En medio centenar de páginas se ocupa de las cuestiones de método (introducción a la comparación jurídica y flujos y trasplantes de reglas jurídicas), y el resto del volumen se rotula *Il confronto common law/civil law*, cuya novedad radica en la preeminencia expositiva otorgada al primero (así se trata sucesivamente de los rasgos del *common law* inglés, la tradición del *common law* y el *stare decisis*, el *common law* estadounidense bajo la perspectiva de la Constitución federal, y jueces y Doctrina en el *common law* estadounidense; tratando a continuación de la tradición del *civil law* y *jus dicere*, el modelo francés, los modelos de len-

(54) Al aludir a la posición marginal del Derecho consuetudinario (*op. cit.*, p. 167) menciona la excepción representada por algunas regiones españolas, aunque no resulta claro si los autores han captado el alcance del Derecho navarro sobre la costumbre *contra legem*.

gua alemana y las cláusulas generales y la función de los intérpretes, con referencia al ejemplo de la responsabilidad extracontractual. Extraña que siendo el autor experto en el Derecho de los antiguos países del Este, omita ahora toda referencia a su actual situación. Sorprende que la sinopsis contenida en los documentos 1 y 2 (p. 34) trata al Derecho de los países latinoamericanos como derivados de España y Portugal a finales del siglo XIX, mientras que a finales del XX parecen derivar exclusivamente del Derecho de nuestro país. La bibliografía se incluye repartida entre ambas partes (pp. 45-47 y 345-346), resultando más concisa que la de VARANO-BARSOTTI, aunque puede considerarse suficiente para los alumnos (55).

LUPOI pretende estar en las antípodas de los dos Manuales *clásicos* aquí referidos. ¿Lo ha logrado? Si atendemos a los caracteres externos, las diferencias saltan a la vista. No hay despliegue ostentoso de variado material de trabajo (aunque, de vez en cuando, se intercalan en la obra curiosas noticias periodísticas significativas), no hay listas bibliográficas más o menos nutridas (aunque sí frecuentes invitaciones a leer a los clásicos comparatistas), incluso las notas no aparecen colocadas a pie de página, sino que interrumpen el texto. Por otra parte, su *filosofía comparatista* aparece recogida en las páginas iniciales en las que dibuja, con rasgos no exentos de originalidad, el *perfil del comparatista* (56): Para el autor, la comparación jurídica es un viaje. El comparatista es un viajero. El viaje es una estructura espiritual; pertenece al mito, a los arquetipos y, por tanto, al patrimonio genético de cada una de las almas y también del alma de cada comunidad. El viajero mira en torno y mira dentro de sí mismo. Viaja para poder retornar y narrar lo que ha visto. El viajero se guía por las categorías mentales que, hasta el momento de partir, había aplicado a la realidad de su lugar de origen; con ellas ha soñado y quizá falseado otras realidades. Cuando la vuelta resulta igual que la ida, el viajero nada tiene que contar. Pero puede ocurrir que siga contando cosas, a saber, un viaje que no ha realizado; el viaje es una estructura espiritual, no una mera dislocación topológica. El viaje también pertenece al mito –coincidencia con MARKESINIS (57)–, es decir, al peligro, a la incertidumbre y al temor

(55) La única obra de autor español citada es la de VAQUER: *Importing foreign doctrines: yet another approach to the unification of European Private Law? Incorporation o the Verwirkung doctrine into Spanish case law*, en la desaparecida ZEP, 2000, p. 3001.

(56) LUPOI: *op. cit.*, pp. 11 y ss.

(57) ALPA, en la introducción a MARKESINIS, escribe: *E chi vuol diventare un serio comparatista deve entrare in Arcadia, deve lasciare le ristrettezze mentali del proprio mondo di origine ed aprirsi all'esterno, al confronto, alle novità, alle contrapposizioni; non deve transcurare la lezione dal passato, ma non essere neppure troppo immerso nel presente, che, per sua natura, e transeunte* (MARKESINIS: *Il metodo della comparazione*, cit., p. XV).

de lo desconocido. Pero no cualquier viajero advierte estos sentimientos. En el arquetipo del viaje siempre hay retorno, pero también cambio: el viajero arquetípico vuelve diferente a como ha partido. Esta es la razón por la cual al volver el viajero narra sus propias experiencias, se describe a sí mismo. Al término del viaje reaparecen los panoramas conocidos y las caras que ha conocido a lo largo de la vida. Pero el viajero que ha viajado en realidad, los percibe de modo diverso; así las categorías mentales con las que había proyectado el viaje ceden ante nuevas conciencias y nuevas categorías. LUPOI invita con este libro a sus lectores a viajar en (su) compañía.

La estructura de la obra –en principio, nada convencional– es la siguiente: Las premisas, centradas en las codificaciones. Los datos de partida (modelos y estructuras, la noción de *flujo jurídico*, ordenamientos y familias, el procedimiento comparativo y aplicaciones).

Acaso convenga destacar aquí las cuatro pinceladas con que el autor describe el conocido desarrollo de la comparación jurídica después del triunfo angloamericano en la Segunda Guerra Mundial, motivado –como sabemos– por el exilio de un importante número de juristas europeos, de origen judío, primero a Inglaterra y luego a los EEUU, encontrándose allí con otros juristas de centro y sur de América, así como del Extremo Oriente; fenómeno, por lo demás, coincidente con el punto álgido de la descolonización africana y asiática. Su opinión es categórica: *le conseguenze furono devastanti, perché il dato culturale si accompagnò a quello economico*. Lo que MARKESINIS ha calificado de *edad de oro* del comparatismo, LUPOI advierte que el *diálogo* entre *civil law* y *common law* fue, en realidad, un monólogo del que los juristas norteamericanos estuvieron ausentes (salvo algunas excepciones: MERRYMAN y BERMAN), y eran escasos los ingleses presentes. Aquel monólogo fue, a su juicio, acompañado del parón codificador en Europa, que, por ejemplo, retrasó la promulgación del nuevo CC holandés (58); y si bien veinte años más tarde se ha reemprendido un nuevo camino europeo, pero se trata de algo que, a su juicio, ya no se trata de verdaderos códigos (59). Luego ha venido la invasión de lo anglosajón en todos los niveles internacionales; pero el autor sigue creyendo que el diálogo es unidireccional, pues mientras los comparatistas europeos aprendieron la técnica del *case law* y lo han enriquecido con las conexiones históricas y otras sugerencias culturales, los norteamericanos apenas si

(58) Añádase la Ley alemana de Modernización del Derecho de Obligaciones del BGB, del 2002, que, en razón a la fecha, no ha podido tener en cuenta el autor.

(59) Probablemente la opinión es bastante aproximada para el Proyecto Lando, pero no lo es para el Proyecto Gandolfi o de Pavía, elaborado por los miembros de la Academia de Giusprivatistas europeos de Pavía.

han estudiado el derecho del *civil law* (con la excepción, acaso, de LAWSON), de modo que, con frecuencia, caen en banalizaciones por simplificar realidades muy complejas y poco aptas para ser estudiadas a fondo en el transcurso de un año sabático. Añade maliciosamente: *molti di essi non viaggiano e tuttavia raccontano* (60). Los comparatistas europeos, especialmente franceses y alemanes, se emplearon a fondo en el tema del *método* y de los *sistemas*; algunos ingleses y norteamericanos, de origen europeo, participaron en el primero, pero han estado totalmente ausentes del segundo. Durante los años ochenta y noventa del siglo pasado hemos asistido –añade– al empobrecimiento de la docencia norteamericana y a una disolución de los anteriores movimientos, mientras que a este lado del Atlántico emerge con fuerza la Unión Europea. La UE ha tenido que disponerse a legislar como tal entidad política, obligando a sus propios juristas a enfrentarse con sus necesidades reales y a *diventare comparatisti per bisogno e non per scelta* (61). Al propio tiempo el Derecho musulmán ha dejado de ser una mera curiosidad para iniciados y se ha convertido en un centro de interés comparatístico. Ahora los comparatistas –[europeos, añadido por mi cuenta]– están desorientados, pues los puntos de referencia obligatorios hace tres decenios han dejado ya de existir. Las *Law School* estadounidenses ya no están abarrotadas de juristas europeos, si bien a ellas acuden todavía los iberoamericanos y asiáticos. Los juristas europeos comparan más frecuentemente el Derecho de los países entre sí; Gran Bretaña tuvo la inteligencia política de decir *sí* a Europa aun con innumerables reservas mentales, participa en esa confrontación europea redescubriendo raíces culturales comunes que harán posible un verdadero diálogo y no únicamente monólogo. Aparece un nuevo diálogo que analiza las raíces europeas y los elementos comunes ocultos; emergen datos que habían estado siempre presentes ante todos, pero que ninguno veía a causa del predominio del mito del diálogo por antonomasia (a saber, entre el *civil law* y el *common law*), y se descubren y se leen con ojos distintos ciertas fuentes que nunca habían sido consideradas como parte de la misma historia. La conclusión de LIPARI no deja de ser igualmente contundente: *Le vicende dell'Europa giuridica stanno per essere riscritte* (62). A mi juicio hubiera bastado con que el autor hubiera expresado estas opiniones –un tanto *políticamente incorrectas*– para quedar justificada la publicación de la obra de LIPARI. Pero no son las únicas, debiendo seleccionar a continuación sólo algunas otras aportaciones.

(60) LUPORI: *op. cit.*, p. 39.

(61) LUPORI: *op. cit.*, p. 41.

(62) LUPORI: *op. cit.*, p. 42.

Así, a propósito de la distinción entre *sistemas* y *familias*, escribe lo siguiente (63):

“Probablemente se produce una diferencia en el énfasis entre quienes usan el término *sistema* y el término *familia*: los primeros ven una coherencia entre los ordenamientos incluidos en un sistema, mientras que los segundos ven semejanzas menos formalizadas. Pero estas posibles diferencias no eliminan la crítica de que se trata de *homologaciones impropias*. Es corriente la afirmación de que en los sistemas del *common law* la fuente legislativa ha asumido, en los últimos decenios una importancia mayor que en el pasado. Pero esta referencia cronológica no es correcta pues los Códigos procesales norteamericanos datan de la mitad del siglo XIX, y las grandes reformas legislativas inglesas tuvieron lugar en esa época y en el primer cuarto del siglo XX; por otra parte, no se indica la extensión del fenómeno por lo cual no es posible extraer sus consecuencias. A continuación LUPOI ofrece una amplia información sobre los *Restatements* del *American Law Institute* que abarcan gran número de materias (la primera serie comprende: mandato, conflicto de leyes, contratos, sentencias, propiedad, restitución, garantías, responsabilidad civil y *trust*; la segunda serie ha puesto al día los textos de la primera, mientras que la tercera ha añadido otras materias, como las relaciones extranjeras, estando en curso de elaboración). Pasan de un centenar los textos de leyes uniformes elaborados por los *Uniform Law Commissioners* —entre las cuales el muy importante *Uniform Commercial Code*— ofreciendo una impresionante lista de más de setenta que, por regla general, suelen desconocerse entre nosotros; con fecha de fines del 1999 están pendientes cerca de otra cuarentena de proyectos de leyes uniformes. También entre 1996 y 1999 el Parlamento inglés ha promulgado importantes leyes que inciden en el ámbito civil (debe añadirse todavía, en el 2004, la ley sobre unión civil homosexual). El autor advierte también sobre las *homologaciones impropias* que pueden recaer igualmente respecto del Derecho de los países musulmanes en el que la penetración de la *sharia* no siempre es homogénea, y, con frecuencia, los Estados legislan basándose en las opiniones de una determinada Escuela que pueden, a su vez, estar en contradicción con las restantes.”

VII. Algunas conclusiones

Dichoso puede considerarse el país que, en determinada materia científica, puede ofrecer a sus estudiantes universitarios, publicados en el últi-

(63) LUPOI: *op. cit.*, pp. 110 y ss.

mo quinquenio (64) hasta un par de excelentes Manuales –de alguna manera, intercambiables entre sí (¡con permiso de sus autores!)– y un tercero que sirve de contraste o contrapunto eficaz. Si los lectores del Manual de LIPARI atienden a las recomendaciones en él incluidas, también este último podría cumplir funciones de Manual-base (no obstante las reticencias del propio autor), a lo que hasta coadyuva eficazmente su formato y presentación editorial más ligera que la de los otros dos.

Para los comparatistas españoles estas obras ofrecen –a lo que creo– puntos importantes de reflexión. La reiterada llamada de atención a la apremiante actualidad de los intentos de codificación europea no debería caer en saco roto (65). Ciertamente no resulta hoy posible sustraerse a la llamada de *lo anglosajón*, y así parece que un comparatista europeo que se precie ha de cursar el noviciado en algún centro inglés o norteamericano, por lo cual hay que seguir insistiendo en las relaciones entre el *civil law/common law*. Pero a mi juicio no conviene echar en saco roto algunas advertencias italianas (emanadas de quienes han pasado ya por aquel noviciado): salvo excepciones, los comparatistas USA apenas si conocen en detalle las diferentes familias jurídicas europeas, y por ello prestan escasa atención al tema que aquí tanto nos preocupa de su clasificación. Si bien en los Estados Unidos tienen planteado el problema, nada desdeñable, que se observa de la diversidad estatal de la mayoría de las ramas del ordenamiento, resulta evidente que sus métodos para superarla escasamente podrán servirnos a los europeos con profundas diferencias legislativas secularmente arraigadas.

Otro ejemplo concreto: LIPARI (66) se ha fijado en las posibles analogías entre el Derecho inglés y el italiano en materia de culpa extracontractual; es cierto que el *Codice civile* contiene algunas normas legales en la materia, pero tan generales que permiten hablar de un verdadero *derecho jurisprudencial* –y, en algunos aspectos, lo mismo podría decirse del Derecho español–; ocurre, sin embargo que mientras la *Corte di Cassazione* italiana dicta anualmente en torno a cuatro centenares de sentencias en la materia, la Cámara de los Lores inglesa apenas si decide una docena de casos. *Qualche cosa non quadra?*, se pregunta el autor (67). Resulta interesante transcribir, a este respecto, sus agudas consideraciones: “Podría ser que en Inglaterra se produzcan menos casos que en Italia en materia de *tort*, ya sea porque exista una eficiente práctica de indemnizaciones

(64) Evidentemente hay otros cronológicamente anteriores que pueden consultarse en la nota 1, sobre cuya actualidad y utilidad docente no procede aquí pronunciarse.

(65) Últimamente cfr. *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavia* (coordinador GARCÍA CANTERO) (Zaragoza, 2005).

(66) LIPARI: *op. cit.*, pp. 166 y ss.

(67) LIPARI: *op. cit.*, p. 167.

por razón de seguro, o porque el coste del proceso es tan elevado que con frecuencia es mejor sufrirlo que reclamarlo ante los tribunales; o bien que las partes se concilien antes de que se dicte sentencia; o bien que el porcentaje de sentencias publicadas sea muy inferior a la italiana; o que ocurran menos supuestos que en Italia, susceptibles de enmarcarse en el *sistema italiano de responsabilidad civil*; o bien que las nociones de *tort* y de responsabilidad civil sean muy diferentes; o bien que Derecho inglés no sea, en este punto, *jurisprudencial*; o, finalmente, que el llamado *modelo jurisprudencial* no sea tan sencillo como una rápida lectura del Manual nos lo haya hecho creer". El autor elabora en este punto el concepto de *comparación transversal* que permite confrontar, desde cierto punto de vista, dos sistemas cuyas fuentes del Derecho sean tan diferentes como el inglés y el italiano.

Una última consideración: La ciencia comparatista italiana está reclamando, desde fines del siglo pasado, un puesto relevante en el comparatismo europeo. Esta petición, más o menos implícita, viene avalada por una copiosa producción científica, una nómina creciente de docentes e investigadores y un puesto nada desdeñable de la asignatura *Diritto comparato* en los planes de estudio de las Facultades de Jurisprudencia.

VIII. El caleidoscópico panorama comparatista italiano

En una colección de la *Giuffré*, dirigida por LUPOI, que lleva por título *L'Alambico del comparatista* (68), aparece un volumen que exhibe un llamativo rótulo: *Io comparo, tu compari, egli compara; che cosa, come, perché?*, a cargo de Valentina BERTORELLO (2003). Al examinar su contenido se constata que son las *Actas* de la reunión anual que los comparatistas italianos de todas las Escuelas celebraron en Génova, en el año mismo de la publicación de aquél, con una larga treintena de participantes, en su mayoría *Ordinarii di Diritto comparato* en las Universidades italianas (como invitados aparecen la profesora francesa Camille JAUFFRET-SPINOSI, discípula y continuadora de las últimas ediciones de René DAVID, y RABELLO, profesor de las Facultades de Derecho de Jerusalén y Haifa). El volumen es buena prueba de la pujanza y solidez de esta asignatura en el país transalpino, las cuales permiten la celebración anual de

(68) La colección se inicia en 1999 con una monografía de D'ANGELO: *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, y prosigue con el vol. *Matrimonio, matrimonii*, a cargo de Francesca BRUNETTA d'USSEAU y D'ANGELO (2000), *Amministratori fiduciarii: di qui?*, al cuidado de D'ANGELO (2001), *Dalla disgrazia al danno*, a cargo de Alexandra BRAUN (2002), *Good morning, America*, al cuidado de D'ANGELO (2003).

una mesa redonda con profesores pertenecientes a diversas escuelas comparatistas. El tema que les ha congregado aparece acertadamente redactado en términos tales que permita a cada uno dar cuenta, sin restricciones, sobre lo que actualmente investiga o enseña, sus planes de futuro o las dificultades que hasta entonces ha experimentado en su tarea. Entre los asistentes aparecen las encumbradas figuras del comparatismo italiano (la destacada de SACCO, en cuyo honor se celebra la mesa redonda con motivo de cumplir ochenta años; también PIZZORUSSO, así como algunos de los primeros discípulos de aquél), y otras más jóvenes que se van consolidando (como, entre otros, AJANI, BUSSANI, Anna de VITA, GAMBARO, LUPOI) y una pléyade de candidatos aspirantes que representan el prometedor futuro del comparatismo transalpino. No se olvide, sin embargo, que, a fecha del 2003, se enumeraban en las universidades italianas hasta un total de cuarenta y seis profesores ordinarios de Derecho comparado, treinta y cuatro profesores asociados y veintiséis investigadores. Un tercio del total del personal docente italiano, contribuyendo al presente volumen, constituye, ciertamente, una nutrida representación (69).

El contenido es variopinto. Aparte de algunas aportaciones *comparatistas extranjeras* (así la presentación de las figuras francesas de LAMBERT y DAVID, que hizo cálidamente Camille JAUFFRET-SPINOSI, discípula y continuador del último; el interesante trabajo de RABELLO sobre los proyectos israelíes de codificación del Derecho contractual, así como las preciosas informaciones de MATTEI sobre las relaciones entre el Derecho y la Economía en USA), se encuentran valiosas experiencias comparativas en el ámbito procesal, constitucional y del Derecho del comercio internacional, así como el interesante método de trabajo desarrollado en la Escuela de Perfeccionamiento Santa Ana de Pisa. Todo ello junto a breves testimonios de la experiencia de jóvenes comparatistas y a datos históricos sobre lo que bien puede calificarse de vertiginoso desarrollo del Derecho comparado en aquel país, como los aportados, de primera mano, por el propio SACCO o PIZZORUSSO. Todo ello contribuye a hacer muy amena la lectura del volumen, incluso para el lector no italiano.

(69) No se olvide, sin embargo, que hay otros docentes italianos de materias diversas que ahora parece excluirseles de las *nóminas oficiales* del comparatismo. En mi opinión, por poner sólo algunos nombres ilustres, ALPA y GALGANO lo son de cuerpo entero aunque expliquen oficialmente otras materias; y *comparatista ejerciente* lo es, sin duda, el profesor Giuseppe GANDOLFI, como lo acreditan sus numerosos trabajos en la materia y la ingente labor que ha desarrollado, al menos, desde 1990, para la elaboración del Proyecto de Código Europeo de Contratos, coordinando el meritorio esfuerzo desplegado por la Academia de Jusprivatistas europeos de Pavia [cfr. *Code européen des contrats. Avant Projet* (coordinateur G. GANDOLFI), livre I, ed. de poche revue et corrigée par Lucille GATT, Milano, 2004].

IX. ¿Sabemos algo de los denominados *Derechos orientales*?

En las clasificaciones de los sistemas jurídicos procedentes de los países occidentales suele aparecer un enunciado final (similar al gayano... *ex variis causarum figuris*) en el que indefectiblemente se incluyen, junto a otros países, los Derechos de China y Japón, si bien los Manuales resultan sumamente parcos a la hora de su descripción, pese a que, respecto del Derecho japonés, se ha producido últimamente cierto acercamiento a la cultura jurídica española (70). Hay, ciertamente, razones doctrinales y prácticas para que el comparatista europeo no se satisfaga con esas sumarias e inexpresivas descripciones. La emergencia de China como potencia económica mundial, la misma presencia constante –a veces, algo misteriosa, también hay que decirlo– de comerciantes de aquel país en la geografía de nuestros pueblos y ciudades, y, sobre todo, la ya iniciada apertura del gran mercado chino a las empresas españolas. Algo parecido, aunque –acaso– con menor urgencia, puede predicarse también del Japón en relación con España.

La obra publicada bajo el sugestivo título de *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentale*, publicada por la Cedam en el 2004, ofrece no pocas sorpresas. La autora, Marina TIMOTEO, maneja con soltura la bibliografía china y japonesa, hecho infrecuente en Europa, y su obra aparece publicada en la *Serie di Diritto Comparato*, dirigida por GALGANO y FERRARI, autores que no suelen figurar entre los comparatistas oficiales, aunque aquélla (71) no deja de basarse en las obras de los comparatistas italianos más reconocidos (GAMBARO, GORLA, LUPOI, MATTEI, MONATERI y, por supuesto, cita hasta nueve trabajos del maestro SACCO), así como en los trabajos especializados sobre la materia publicados en lenguas occidentales y también en lenguas orientales (con la traducción del título y un vocabulario elemental de términos jurídicos chino-japonés-italiano).

Inicialmente impresiona el aparato bibliográfico desplegado, así como el planteamiento general de la obra que expongo a continuación:

Parte primera: Imágenes, representaciones y reglas contractuales en China y Japón durante el siglo XIX. Materia dividida, a su vez, en cinco apartados: “Cuestiones menores” en el ordenamiento chino-tardo imperial; Sentimientos humanos, razón, normas legales y vía china hacia el contrato en la tradición QING; Itinerarios privatistas en el Japón TOKUGAWA en-

(70) *Código Civil japonés*. Estudio preliminar, traducción y notas R. DOMINGO –Nobuo HAYASHI (Madrid-Barcelona, 2000).

(71) Que anteriormente ha publicado, entre otras obras, *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale* (Milano, 1994).

tre influencias chinas y desarrollos autóctonos; Los vínculos obligatorios en el sistema procesal formulario TOKUGAWA y en los contextos comunitarios; Contrato y tradición jurídica del Este asiático y comparación con los modelos occidentales.

Parte segunda: *La modernización del Derecho privado y contractual en el Japón, ¿una formalidad?* Materia dividida, a su vez, en cuatro apartados: Un Código Civil para ingresar en la modernidad. Difícil confrontación de los reformadores Meiji con el propio sustrato jurídico; la centralización imperfecta. Desarrollos del sistema privatístico japonés desde la era Meiji hasta la era Showa; El Derecho contractual desde el Código hasta los poderes periféricos; Estructura multidimensional y las visiones unilaterales del contrato japonés durante la segunda mitad del siglo xx.

Parte tercera: *Reforma jurídica y Derecho contractual en la China del siglo xx. La larga marcha hacia Occidente.* Materia dividida, a su vez, en tres apartados: Intento de una modernización del Derecho contractual a la japonesa; llegada del modelo socialista. Reconstrucción y debilitamiento de los vínculos contractuales; La recuperación del contrato como elemento clave de la reforma económica posmaoísta.

Parte cuarta: *Siguiendo las huellas del pluralismo. Reestructuración y repensamiento del Derecho contractual en China y Japón en la edad de la globalización.* Materia subdividida, a su vez, en dos apartados –quizá los más sugestivos de toda la obra–: Leyes, modelos e ideales para un Derecho contractual todavía en vía de modernización (con la llegada en ambos países del derecho de protección de los consumidores y las consecuencias del Convenio de Viena de 1980, ratificado sólo por China con importantes reservas); luces y sombras en algunos aspectos del actual Derecho de los contratos chino y japonés (con referencia a la aplicación de la *lex mercatoria*, la cláusula de buena fe subutilizadas en ambos países hasta los años noventa del siglo pasado y ahora sujetos a cierto *revival* y la función de la jurisprudencia).

La conclusión resulta evidente: Con la publicación de esta bien documentada monografía hay que sustituir las habituales y elementales consideraciones que solían hacerse, en general, de los derechos de estos dos países orientales por otras mucho más meditadas, al menos en relación con el Derecho contractual, y que aquí no puedo detenerme en transcribir (72). En cuanto a los lectores españoles, la obra puede considerarse complementaria de la ya citada traducción a nuestra lengua del CC japonés y viene a llenar un clamoroso vacío en relación con el Derecho chino de los siglos XIX y XX, escrita en lenguaje accesible. Otro buen servicio de la comparatista italiana.

(72) Me remito a TIMOTEO, Marina: *op. cit.*, pp. 357-364.

X. Valoración final

De momento no existe, ni se vislumbra en el futuro, una Escuela española de Derecho comparado. Constituye una anécdota –como se ha podido comprobar– que los comparatistas extranjeros citen a sus colegas españoles. Sin embargo, sí se está produciendo, con intensidad creciente, una presencia de comparatistas hispanos en diversos foros internacionales, bien dotados del indispensable instrumental lingüístico. Si en el futuro –más bien a medio o largo plazo– alguien acaricia un proyecto para crear aquella, no cabe duda de que podrá inspirarse eficazmente en el modelo italiano, aunque no será fácil que se den las circunstancias tan favorables que se han dado en Italia en el último tercio del siglo pasado.

1.º CONGRESO DE NOTARIOS DE LA UNIÓN EUROPEA

**Notariado sin fronteras:
la seguridad jurídica al servicio
de los europeos**

Los días 10 y 11 de noviembre de 2005 tuvo lugar en Roma el 1.º Congreso de Notarios de la Unión Europea, organizado por la Conferencia de los Notariados de la Unión Europea (CNUE).

Los trabajos que se desarrollaron en este Congreso fueron los siguientes:

I. LA FUNCIÓN NOTARIAL EN LA UNIÓN EUROPEA

— **Notarios y derecho comunitario**, prof. Jacques Pertek, Universidad de Lyon III (Francia).

— **Criterios para el análisis económico del sistema notarial latino**, prof. Roger Van den Bergh, Universidad Erasmus de Rotterdam (Países Bajos).

— **El valor económico de la seguridad jurídica**, prof. José Manuel García Collantes, Universidad Complutense de Madrid, notario (España).

— **Fundamentos éticos del notariado: particularidades de los nuevos miembros de la Unión Europea**, prof. Roman Sowinski, Universidad de Szczecinski, notario (Polonia).

— **Aspectos de la profesión jurídica en Estados Unidos**, prof. Alan Palmiter, Universidad Wake Forest de North Carolina (Estados Unidos).

II. LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA FUNCIÓN NOTARIAL

— **Presentación de lo realizado por los notariados en los diferentes países.**

III. LA CONTRIBUCIÓN DEL NOTARIO A LA REALIZACIÓN DE UN ESPACIO DE LIBERTAD, DE SEGURIDAD Y DE JUSTICIA EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

— **Comentarios de los responsables de las instituciones de la Unión Europea, funcionarios europeos.**

— **Circulación de la escritura pública dentro de la Unión Europea,** prof. Charalambos Pamboukis, Universidad de Atenas, abogado (Grecia).

— **Propuestas concretas del notariado europeo,** Dr. Helmut Fessler, Presidente Honorario de la UINL, notario (Alemania).

— **Análisis del legislador europeo,** diputado europeo.

18. JORNADAS EUROPEAS DE NOTARIOS

Europa y las perspectivas para el Derecho de familia y de sucesiones

Los días 20 y 21 de abril de 2006 se celebrarán en Salzburgo las 18. Jornadas Europeas de Notarios.

El programa científico que se desarrollará en estas Jornadas es el siguiente:

Viernes 21 de abril de 2006. Palacio de Congresos de Salzburgo

10.00 Alternancia – Sobre el cambio de valores y de formas de vida europeas

Prof. Dr. Dr.h.c.mult. Jürgen Mittelstrass
Presidente de la Academia Europea (Londres), Presidente del Consejo Científico Austríaco (Viena), Director del Centro “Filosofía y Teoría Científica” de la Universidad de Constanza (Alemania)

10.45 Europa y la familia Iniciativas de la Comisión Europea en materia de Derecho de familia y de sucesiones

Olivier Tell
Jefe de Unidad, Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad, Comisión Europea, Bruselas (Bélgica)

11.45 La legislación de familia austríaca a la luz de la evolución en Europa

Karin Gastinger
Ministra federal de Justicia, Viena (Austria)

12.30 Discusión

14.15 La importancia del Derecho de sucesiones y la preservación de la familia, de la propiedad y de las empresas

Dr. Christian Winkler, LL.M.
Notario, Neu-Ulm (Alemania)

15.15 El Derecho de sucesiones como parte integrante de la cultura jurídica y de las identidades regionales

Prof. Emeritus Dr. Emilia Weiss
Universidad Eötvös Loránd, Budapest (Hungría)

16.00 Debate general

16.30 Perspectivas para el futuro del Derecho europeo de familia y de sucesiones

Univ.-Prof. Dr. Brigitta Lurger, LL.M (Harvard)
Karl-Franzens-Universität Graz (Austria)

Los debates serán dirigidos por:

Dr. Erfried Bäck
Notario, Spittal/Drau (Austria)

Programa social

Jueves 20 de abril de 2006

Recepción

Sala Europa del Palacio de Congresos de Salzburgo
A partir de las 18.00. Aperitivo en el hall.

18.45 Apertura

Recepción musical por el grupo “Jazz4Art”

19.00 Palabras de bienvenida

Dr. Michael Umfahrer

Presidente de la Academia Notarial austríaca, Notario

Dr. Klaus Woschnak

Presidente del Consejo Nacional del Notariado Austríaco

Una revolución a paso firme. La evolución demográfica y sus consecuencias sociales

Univ.-Prof. Dr. Horst W. Opaschowski

Futurólogo y consejero político,

Universidad de Hamburgo, UER Ciencias pedagógicas

A partir de las 19.45. Buffet

Acompañamiento musical por el grupo "Jazz4Art".

Viernes 21 de abril de 2006

Programa para los acompañantes – Excursión a Hallein

19.15 Cocktail y cena.

Informaciones generales

Lugar de la reunión:

Salzburgo Congress / Palacio de Congresos de Salzburgo

A-5020 Salzburgo, Auerspergstrasse 6, Tel.: +43 662 88987-0