

HUALDE MANSO, Teresa – DÍAZ DE TERÁN VELASCO, M^a Cruz – JERICÓ OJER, Leticia, *Abuso de dependencia y abuso de influencia. Tres visiones jurídicas de la vulnerabilidad de los mayores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2021, 168 páginas.

por

JAVIER NANCLARES VALLE

Profesor titular de Derecho civil. Universidad de Navarra

RESUMEN: El libro aborda desde tres perspectivas distintas pero conexas la vulnerabilidad de las personas de avanzada edad. En primer lugar, examina el fenómeno como realidad sociológicamente constatable vinculada al envejecimiento, en la que adquiere especial relevancia la perspectiva de género y en la que se hace imprescindible, en pro de respetar la dignidad de las personas mayores, aplicar las políticas inclusivas inherentes a los Objetivos de Desarrollo Sostenible teniendo en cuenta a este colectivo. En segundo lugar, estudia los diversos mecanismos de respuesta del Derecho civil frente a aquellas actuaciones patrimonialmente relevantes que las personas mayores realizan en una heterogénea diversidad de situaciones que, pese a deberse a causas diversas, tienen en común la existencia de un abuso consciente de la posición dominante que alguien ostenta frente a la persona mayor. Por último, analiza la reacción penal frente a los casos de violencia económica contra estos mayores de edad, especialmente presentes en el ámbito intrafamiliar o en la prestación de cuidados asistenciales.

ABSTRAC: *This book addresses elderly people vulnerability from three different but connected perspectives. First of all, examines the vulnerability of elderly as a sociologically observable fact linked to ageing, in which the gender approach is particularly relevant. Also, it is also essential, in order to respect the dignity of the elderly, to implement the inclusive policies inherent within the SDGs by taking this group into consideration. Secondly, it focuses on the diverse mechanisms of civil law to respond to certain property-related decisions taken by the elderly which are harmful to them. It involves transactions carried out in diverse and heterogeneous circumstances but which have in common the existence of a conscious abuse of the dominant position that someone holds vis-à-vis the elderly person. Finally, this paper analyses the criminal law response to cases of economic violence against such elderly persons, particularly present in the intra-familial environment or in the provision of long-term care.*

PALABRAS CLAVE: Personas mayores. Vulnerabilidad. Abuso de dependencia. Abuso de influencia. Violencia económica. Perspectiva de género. Protección civil y penal.

KEY WORDS: *Elderly people. Vulnerability. Abuse of dependency. Undue influence. Economic violence. Gender perspective. Civil and criminal protection.*

Se ha publicado en la editorial Thomson Reuters Aranzadi el libro titulado *Abuso de dependencia y abuso de influencia. Tres visiones jurídicas de la vulnerabilidad de los mayores*. La autoría y el marco en el que se ha elaborado la monografía permiten entender mejor una obra de dimensiones reducidas pero que constituye un modelo de actuación universitaria. Sus autoras son las profesoras Teresa HUALDE MANSO, catedrática de Derecho civil de la Universidad Pública de Navarra y directora de la obra, María Cruz DÍAZ DE TERÁN VELASCO, profesora titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Navarra, y Leticia JERICÓ OJER, profesora titular de Derecho Penal de la Universidad Pública de Navarra, quienes comparten no solo el interés por la protección de las personas vulnerables sino también la condición de profesoras-tutoras de la UNED en el centro asociado de Pamplona y de investigadoras en un proyecto financiado por la Fundación Obra social La Caixa, fruto del cual es este texto. Estamos, pues, ante un buen ejemplo de lo que puede dar de sí la colaboración entre universidades, públicas y privadas, cuando su profesorado aúna esfuerzos y cuenta con la ayuda de organizaciones del tercer sector.

De acuerdo con la formación científica de sus autoras, la obra presenta un carácter jurídico interdisciplinar, que se refleja en su estructura y que está presente en su propio título, que acierta al referirse expresamente a la vulnerabilidad de los mayores. Es este el hilo conductor de los tres capítulos, erigiéndose el abuso de dependencia y el abuso de influencia en conceptos que demandan la respuesta del ordenamiento jurídico para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad relacional, las cuales afectan en muchas ocasiones, aunque no necesariamente ni exclusivamente, a las personas de edad avanzada.

El libro está dividido en tres capítulos, contando dos de ellos con un epígrafe final en el que se recogen las conclusiones del mismo y se sintetizan las principales ideas expuestas.

El primer capítulo, titulado «Personas mayores y Objetivos de Desarrollo Sostenible. Un estudio desde la perspectiva de género» y escrito por la profesora DÍAZ DE TERÁN, presenta las bases sociológicas y jurídicas del problema que más adelante será afrontado en clave civil y penal en el resto de la obra. Con él se suple la ausencia de un capítulo introductorio, que en cierto modo deviene innecesario, al presentarse con acierto y profusión de datos y gráficos el contexto en el que se va a mover toda la obra, que no es otro que el de una sociedad envejecida, en el que la vertiginosa evolución y la creciente complejidad de las relaciones interpersonales conducen a ahondar la brecha entre el devenir social y la situación de las personas de más edad, convirtiendo a estas, en muchas ocasiones, en vulnerables.

Este contexto es el que justifica la atención dedicada en el capítulo a la Agenda 2030 y a los Objetivos de Desarrollo Sostenible, que, guiados por el objetivo explícito de evitar *que nadie se quede atrás*, exigen políticas inclusivas orientadas a proteger a los más vulnerables, entre los cuales se encuentran las personas mayores y, en especial, dada la «feminización de la vejez», las mujeres mayores, en quienes concurre el riesgo de una doble vulnerabilidad.

Si bien la autora evita caer en la presentación de las personas mayores como un grupo homogéneo, no deja de constatar que la realidad demuestra que un porcentaje relevante de ellas se encuentra en situación de vulnerabilidad. Porcen-

taje que amenaza con ser creciente, dada la concurrencia de diversos factores, entre los que destacan los cambios en las estructuras familiares, la dependencia en materia económica, de salud o de cuidado material a causa del incremento de la longevidad, y las insuficientes políticas sociales. Todo ello constituye un terreno abonado para la proliferación de situaciones en las que la fragilidad de estas personas, y su dependencia respecto de otras, pueden conducirles a prestar su consentimiento a la realización de actos dispositivos económicamente perjudiciales, que comprometan su patrimonio y que afecten a la posibilidad de hacer frente a sus futuras necesidades; actuaciones que, cuando sean aprovechadas por otra para obtener una ventaja económica que de otro modo no hubiera logrado, constituirán situaciones abusivas frente a las cuales deberá reaccionar civil o penalmente el ordenamiento jurídico.

Con visión crítica, la autora destaca la paradoja que supone el que, pese a ser el envejecimiento de las sociedades y sus consecuencias un problema universal, la situación de las personas mayores no sea contemplada expresamente en los ODS, debiendo deducirla o entenderla tácitamente presente en la Agenda 2030 a través de las referencias genéricas a la inclusión, la justicia y la vulnerabilidad y a través de algunas metas derivadas de dichos Objetivos. Para paliar este déficit y para lograr así la protección de los derechos humanos de las personas mayores, propone desagregar los datos por edad al aplicar la Agenda 2030 en cada ámbito nacional, ofreciendo así una imagen más certera de si las personas mayores han quedado atrás en el logro de los Objetivos y metas propuestos y posibilitando la adopción de medidas legislativas y políticas sociales que les doten de protección.

El capítulo segundo, titulado «Cauces de impugnación de actos realizados por adultos vulnerables: de los vicios de la voluntad y la rescisión al abuso de dependencia e influencia abusiva», es el más extenso y su autoría corresponde a la directora de la obra. A partir de la preocupación moderna por afrontar las situaciones de desequilibrio en los poderes de contratación, la profesora HUALDE describe su propósito de examinar los mecanismos de respuesta a ciertos casos no ya de asimetría estructural sino coyuntural, caracterizados por una heterogeneidad que, reconoce, dificulta su tratamiento. Son supuestos en los que una persona, al prestar su consentimiento negocial, se encuentra en una coyuntura de debilidad, fragilidad o necesidad que puede tener su origen en causas diversas: por su estado físico, psíquico o cognitivo (vulnerabilidad *per se*), o por estar inmersas en una relación de confianza, dependencia —no solo económica—, subordinación, sugestión o temor (vulnerabilidad relacional).

En estas situaciones, en las que los mayores o personas de avanzada edad se encuentran no necesariamente pero sí con frecuencia, la voluntad no se forma enteramente libre, sino que se pliega a los deseos de la otra parte, y por eso son escenario habitual de abusos frente a los cuales el ordenamiento jurídico debe actuar. La autora es consciente de que las hipótesis que analiza son «situaciones sombrías y borrosas», de difícil encaje en las categorías acuñadas por el Derecho en materia contractual (en concreto, en los vicios de la voluntad y en la falta de capacidad natural de querer y entender) y en las que se encuentran en equilibrio la debilidad y la libertad personal, pero también la seguridad jurídica y la justicia material.

En el capítulo se apuesta decididamente por reaccionar frente a estos casos de abuso de posición dominante entre particulares en los que se produce un aprovechamiento indebido, en detrimento de la parte débil de la relación. Con base en su conocimiento del Derecho anglosajón, francés y foral o autonómico, la autora muestra el catálogo de respuestas ofrecidas, no sin dejar de examinar

el problema a la luz del Código Civil español. Así, hace pasar la heterogénea figura por el tamiz de los vicios de la voluntad, estudiándola desde la intimidación y el dolo (cuya aplicación no llega a descartar, si bien admitiendo entonces la necesidad de una interpretación extensiva y adaptada a las particularidades de las personas en situación de vulnerabilidad), y planteando su posible inclusión dentro de los vicios de la voluntad incompletos, de consecuencias resarcitorias. Tras ello, analiza hasta qué punto puede dar respuesta a estas situaciones la rescisión por lesión que se prevé en algunos de nuestros derechos civiles autonómicos (en concreto, el catalán y el navarro), concluyendo que esta institución ofrece una protección insuficiente, pues no abarca todos los supuestos de disposición patrimonial realizada por la persona vulnerable, al no aplicarse ni a las disposiciones a título gratuito ni a aquellas en las que existe abuso y aprovechamiento pero en las que la cuantificación del mismo no llega al umbral de desequilibrio exigido para la rescisión.

Por último, el capítulo examina críticamente la solución francesa del *abus de dépendance* y su inclusión dentro de los vicios de la voluntad, como modalidad de violencia (en este caso, moral) en la que la debilidad contractual deriva en un desequilibrio de las prestaciones que sin el abuso resultaría inexplicable, y también la solución incorporada en 2019 al Derecho foral navarro a través de la ley 21 del Fuero Nuevo, que recoge la influencia indebida (que la autora califica como abuso de dependencia) y el abuso de influencia como causas autónomas de invalidez contractual, que se desmarcan de los vicios de la voluntad y que ponen el foco no solo en la vulnerabilidad ocasionada por la deficiencia, dependencia, necesidad o angustia de quien presta su consentimiento (las cuales son presupuestos, pero no son suficientes por sí mismas) sino principalmente en el comportamiento abusivo, en la explotación consciente de la parte débil. Soluciones que prescinden de umbrales cuantitativos y que cubren los actos a título gratuito, ofreciendo una protección más completa de las personas vulnerables.

El tercer y último capítulo, titulado «El Derecho Penal frente a la violencia económica ejercida sobre la persona mayor vulnerable por razón de su edad» y escrito por la profesora JERICÓ, comienza con una interesante exposición sobre la lacra social que supone la creciente violencia —en forma de abuso o de maltrato— que padecen las personas mayores y sobre la propia dificultad que existe a la hora de precisar qué se entiende por personas mayores, rechazando una delimitación cuantitativa por edad —por sus efectos distorsionadores por exceso o defecto— y planteando la conveniencia de atender no ya a la edad en sí misma sino a la situación efectiva de vulnerabilidad motivada por la edad. Como precisa acertadamente la autora, ello no debe llevar a automatizar la relación entre edad y vulnerabilidad, sin perjuicio de que el deterioro cognitivo y funcional propio de la edad se muestre como indudablemente propicio para generar esas situaciones de vulnerabilidad.

Esta violencia está especialmente presente en el ámbito intrafamiliar y, por tanto, en un entorno marcado por la privacidad, por las relaciones de confianza y por un entorno de dependencia que hace difícil en ocasiones proteger a las que califica como «víctimas silenciosas». Al centrarse en las manifestaciones de la violencia económica, la autora examina la protección ofrecida por el Código Penal, constatando la inexistencia en los delitos económicos de una agravación específica por razón de la vulnerabilidad motivada por la edad. Ante esta situación, examina en estos delitos la previsión de circunstancias específicas de agravación en las que se da acogida indirecta a la edad (en concreto, en relación al hurto, al robo con fuerza en las cosas, a la estafa y a la apropiación indebida)

y seguidamente se interroga acerca de la posibilidad de aplicar las agravantes genéricas del abuso de superioridad y del abuso de confianza del artículo 22 CP.

Tras analizar el papel que juega el parentesco —a menudo concurrente en las situaciones de abuso económico e influencia indebida en los mayores vulnerables por razón de su edad— y valorar críticamente la tendencia jurisprudencial a que esta circunstancia mixta se aplique de manera generalizada como atenuante en los delitos contra el patrimonio, la autora dedica su atención a la peculiar posición que, ante el proceso penal, ocupa el mayor vulnerable por razón de edad: ignorancia acerca de su condición de víctima, vergüenza cuando adquiere conciencia de serlo, temor a no ser creído al denunciar el abuso infligido por un familiar y tendencia a la exculpación por los vínculos familiares y afectivos que unen a víctima y victimario, son razones que permiten explicar la renuencia a la hora de denunciar y la frecuente necesidad de recurrir al Ministerio Fiscal. A lo anterior, se acompaña un conjunto de sugerencias para las distintas fases (policial, de iniciación del procedimiento y de juicio oral) y en relación a la elaboración de protocolos y de campañas de sensibilización, que muestran el propósito de la autora de convencer acerca de la necesidad de abordar de manera integral el problema, otorgando la tutela que la dignidad de los mayores demanda sin incurrir en una sobreprotección contraria a su libertad personal y al valor social de este colectivo.

Todo ello configura un capítulo en el que de manera detallada y sin escatimar referencias doctrinales y jurisprudenciales, se realiza un análisis, en forma y fondo, de impecable factura.

RAMS ALBESA, Joaquín (director); LACRUZ BESCÓS, José Luis/VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego (coordinadores), *Tratado de Derecho Civil. TOMO X. La fe pública registral*, Editorial Dykinson, Madrid, 2022, 1.ª ed., 608 páginas.

por

MACARENA EMILIA OVEJERO ESLAVA

Registradora de la Propiedad de Hoyos

El presente tomo que reseñamos pertenece al *Tratado de Derecho Civil* concebido por Joaquín RAMS ALBESA como un instrumento complementario para aquellas otras tareas, adicionales al examen final de la asignatura, que debe realizar el alumno en los nuevos planes de estudio. Lo ideó, también, como un instrumento útil para el doctorado y la vida profesional.

Son conocidos los esfuerzos del profesor RAMS, siguiendo a su maestro José Luis LACRUZ BERDEJO, por elaborar obras que facilitaran el acercamiento al conocimiento del Derecho civil, y especialmente, del Derecho registral. Y es que el Derecho registral de bienes y también el de personas importan mucho en el conjunto del Derecho civil.

Muchos tratadistas del Derecho civil han realizado importantes aportaciones de Derecho registral en sus tratados y manuales, pero hay un cierto consenso en la doctrina en que las del profesor José Luis LACRUZ BERDEJO merecen un lugar destacado. Todo ello sin perjuicio del reconocimiento que merecen, en un momento inicial, CÁRDENAS, OLIVER, GÓMEZ DE LA SERNA (que redactó la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 calificándose por la doctri-

na como «obra maestra de nuestra literatura jurídica», tanto por su perfección literaria como por la forma de explicar los principios y líneas directrices del sistema), DE LA ESCOSURA y MORELL Y TERRY y, posteriormente, ya en el siglo XX, don Jerónimo GONZÁLEZ y Ramón María ROCA SASTRE. También, en el ámbito del Registro Civil, merecen una especial mención Josep PERÉ RALUY y Jesús Díez DEL CORRAL.

José Luis LACRUZ BERDEJO, como decíamos, fue esencial para la sistematización de la materia y la introducción de nuevas aportaciones procedentes del Derecho comparado, hasta entonces, desconocidas en España. Destacan en el ámbito hipotecario sus *Lecciones* de 1955 y 1957 (reeditadas en 2011), base del *Derecho inmobiliario registral* de 1968, que se insertó como volumen III de los *Elementos de Derecho civil* en 1968, en el que colaboraba, entre otros, Joaquín RAMS ALBESA.

Fue así como el profesor RAMS continuó con la tradición de LACRUZ BERDEJO de hacer llegar el Derecho civil y el Derecho registral y, además de publicar sus manuales reciente bajo el título de *Apuntes* en colaboración con Rosa MORENO FLÓREZ y José Ignacio RUBIO SAN ROMÁN, pensó en publicar el *Tratado de Derecho Civil*, al que pertenece el tomo X, relativo a la fe pública registral, que reseñamos.

Este tratado, al igual que ocurrió con el conocido como *Tratado práctico y crítico de Derecho civil* de don Federico DE CASTRO, del que solo llegaron a publicarse algunos tomos, quedó inacabado, habiéndose publicado únicamente tres tomos al tiempo del fallecimiento de su autor en febrero de 2020. No obstante, a pesar de que el tomo X se publica en un tiempo y forma diferentes a los anteriores tomos, mantiene en el título la pertenencia a dicho tratado.

El prólogo que lo inicia es obra póstuma de Joaquín RAMS. Con ello, y con la participación de José Luis LACRUZ BESCÓS, este tomo sigue la estela de las aportaciones de la escuela fundada por José Luis LACRUZ BERDEJO, de la que formaba parte Joaquín RAMS.

El tomo, que comienza, como se ha dicho, con un prólogo de Joaquín RAMS, es de autoría colectiva. Ha sido elaborado por profesionales del Derecho inmobiliario y de la fe pública, en la que cada uno goza de autonomía para exponer su propia opinión doctrinal sobre la cuestión tratada, de modo que, como se dice en el prólogo, «puede encontrar el lector opiniones no del todo coincidentes, pero no abiertas contradicciones».

Su contenido, que va de lo general a lo particular, está estructurado en tres partes: una primera dedicada a la teoría general de la fe pública a cargo del conocido hipotecarista Lino RODRÍGUEZ OTERO, una segunda dedicada al Registro Civil a cargo del registrador José Luis LACRUZ BESCÓS, y una tercera, relativa al Derecho registral inmobiliario, escrita por diferentes registradores, la mayoría ingresados en la carrera en el siglo XXI.

El prólogo póstumo de Joaquín RAMS, de un indudable valor, nos advierte de que el presente libro es distinto a los habituales en la materia, tendentes a la síntesis, pensados para la enseñanza de futuros juristas. Esta obra, en cambio, «quiere estar —y de ahí que se trate en su inmensa mayoría de una obra de profesionales de la fe pública— destinada a juristas formados y tal vez formadores que quieren ahondar en los cimientos, desarrollo y vivencia de una de las piezas maestras del Ordenamiento jurídico español, tan rico como minusvalorado en demasiadas ocasiones por los profesionales que lo aplicamos constantemente y hasta viven de él».

En el prólogo, se pone en valor el Derecho registral, disciplina que, desde sus inicios, daba respuesta a una situación social, política y económica complicada,

dotando a la sociedad de la necesaria seguridad jurídica. Se enfatiza así en la eficacia de una legislación registral basada en la registración de actos y contratos contenidos en documentos públicos que implican la intervención de una autoridad pública, siendo tales títulos escrituras públicas la mayor parte de los documentos que acceden al registro. Es indudable, según Joaquín RAMS ALBESA, la importancia de la registración, por cuanto *«el resultado final es prácticamente exacto, casi no ha lugar o posibilidades para que algo inscrito no sea enteramente coincidente con la realidad física y jurídica»*.

Tras el prólogo, el contenido se inicia con una primera parte relativa a la fe pública en general elaborada por Lino RODRÍGUEZ OTERO, conocido hipotecarista, en la que, tras una exposición de la evolución histórica de la materia desde la Baja Edad Media, se abordan con detalle la fe pública judicial, notarial, registral y administrativa.

La segunda parte está destinada al registro de la persona, del estado civil, a cargo del registrador José Luis LACRUZ BESCÓS, en la que, tras una introducción sobre el concepto, la naturaleza y la evolución histórica de dicha institución, se abordan cuestiones como la razón de ser del registro, el valor de las diferentes modalidades de inscripciones practicadas en él y la publicidad formal ofrecida por dicho registro. Además, finaliza con unas páginas dedicadas a las normas de Derecho Internacional Privado y a la inscripción de documentos extranjeros.

Por último, el Registro de los bienes, el Registro de la Propiedad, ocupa la tercera parte cuya especial novedad es haber sido elaborada por registradores ingresados en la carrera durante el siglo XXI, esencial para permitir la pervivencia, mediante periódicas actualizaciones, de este manual durante muchos años.

Se inicia esta parte dedicada al registro de los bienes con una introducción sobre el Derecho inmobiliario registral escrita por Diego VIGIL DE QUIÑONES OTERO, registrador conocido por su profesional dedicación a la investigación y el estudio, quien, junto con José Luis LACRUZ BESCÓS, han coordinado este tomo.

Tras esa introducción, María Teresa TOURINÁN realiza un análisis comparado de los sistemas registrales, atendiendo a las formas de transmisión del dominio, para poder hacer así una perfecta ubicación del sistema registral español.

Imprescindible para el entendimiento del Derecho registral (y especialmente tras las reformas habidas en esta materia durante los últimos años), se analiza la finca como realidad física que constituye el objeto del Registro de la Propiedad en España. Colabora en la realización de este capítulo un registrador muy apreciado en la práctica registral, Joaquín DELGADO, recientemente homenajeado con motivo de la concesión de la Cruz Distinguida de Primera Clase de San Raimundo de Peñafort y conocido por su dedicación al estudio de la finca y del acceso de su representación gráfica al Registro, así como por ser promotor de la web *regispro.es*. En este capítulo se trata el sistema de folio real, la importancia de la colaboración y la coordinación del Registro y el Catastro y la relación entre el Derecho urbanístico y el Registro de la Propiedad. Todo ello a cargo del mencionado Joaquín DELGADO, de Luis LÓPEZ IGLESIAS y Manuel MATAS.

Continúa la obra con el funcionamiento del Registro, los principios hipotecarios, la calificación del registrador y los recursos que pueden interponerse contra ella, los asientos registrales y el valor de las inscripciones y la eficacia, en general, del registro frente a terceros.

Así, los dos capítulos siguientes se centran en el estudio del objeto de la inscripción y la dinámica del Registro, en los que Ignacio GONZÁLEZ HER-

NÁNDEZ, de nuevo Diego VIGIL DE QUIÑONES, Pedro PERNAS RAMÍREZ y Emma ROJO IGLESIAS hacen hincapié en principios registrales sin los cuales el Registro no puede funcionar: los principios de especialidad, prioridad, tracto sucesivo y rogación.

El capítulo sexto, elaborado por Rosario JIMÉNEZ RUBIO, está destinado a los recursos contra la calificación registral, cuestión nada pacífica, que ha dado lugar a numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy de la Seguridad Jurídica y de la Fe Pública), como consecuencia también de las modificaciones habidas en esta materia en los años 2001, 2003 y 2005.

Esencial es el capítulo siguiente, a cargo de Diego VIGIL DE QUIÑONES y Jacobo FENECH RAMOS, por cuanto aborda los efectos del registro frente a terceros, profundizando en la distinción entre efectos ofensivos y defensivos. En este apartado, se examinan los principios de legitimación registral y de fe pública, haciéndose hincapié en el denominado tercer hipotecario.

Debe destacarse asimismo el capítulo dedicado a la anotación preventiva, realizado por Eduardo FERNÁNDEZ ESTEVAN, pues, aun siendo un asunto de carácter provisional, no deja de ser de gran importancia, ya que tiene un contenido muy variado e importantes efectos, como el de que pueda, entre otros, enervar la fe pública registral.

Finalizan este tomo otros dos capítulos, cuya autoría corresponde a Francisco Javier GIMENO CHOCARRO. En el primero de ellos, destinado a la rectificación del Registro, el autor examina cómo el Registro se presume exacto así como que los asientos registrales se hallan bajo la salvaguardia de los tribunales, debiendo hacerse, por ello, la rectificación del Registro con todas las garantías exigidas legalmente. El capítulo final, relativo a la publicidad formal, aborda dos cuestiones esenciales: la relación entre el principio de publicidad formal del Registro y la legislación de protección de datos de carácter personal y los medios de lograr dicha publicidad.

Todos los aspectos estudiados se tratan, como ya anticipara el profesor RAMS en el prólogo, desde la *«línea dominante e inspiradora procedente del maestro Lacruz»*, pero, como no podía ser de otra manera, atendiendo a las novedades legislativas que introducen importantes cambios en la materia (destacan así las referencias al tratamiento registral de las medidas de apoyo para personas con discapacidad de la Ley 8/2021) y, como reseñable aportación de esta obra, desde la visión que añaden la experiencia y los reconocidos conocimientos de cada uno de los profesionales del Derecho inmobiliario que han intervenido en el desarrollo de este proyecto.

Expuesta esta sucinta relación de autores y temas abordados por esta fundamental obra a que se refiere la presente reseña, solo resta concluir que sus distintos capítulos serán necesariamente objeto de inevitable consulta por todos aquellos expertos juristas que se ocupan de *«una de las piezas maestras del ordenamiento jurídico español»* y por quienes quieran o necesiten acercarse a ella, por lo que debe felicitarse sinceramente a los autores por sus excelentes contribuciones.

Sirva esta humilde reseña, finalmente, para manifestar nuestra consideración al inolvidable profesor RAMS ALBESA por su impagable contribución a la formación de juristas entusiastas y vocacionales.

TOMÁS TOMÁS, S., *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, Aranzadi, 2022, 700 páginas.

por

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA
Catedrático de Derecho civil. Universidad de Sevilla

La monografía de Salvador TOMÁS que me propongo presentar al lector de esta Revista describe en su propio título cual va a ser el empeño que vertebrará sus densas setecientas páginas: cuestionarse, primero, y explicar y precisar, después, la cualidad de parte procesal que tiene o debe tener la masa patrimonial, o masa activa en la terminología concursal. El tema es polémico doctrinalmente y confuso desde el punto de vista legal: la posibilidad de considerar parte procesal a la masa patrimonial se encuentra reconocida en términos generales por los artículos 6.4 y 7.5 Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC); pero la Ley Concursal (LC) añadió al referido artículo 7 LEC un párrafo 8 que parece considerar una cosa diferente: que la administración concursal sería un representante del deudor concursado, «las limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplirlas se regirán por lo establecido en la Ley Concursal». Esta incongruencia conceptual arrastra y lleva consigo la constante vacilación y duda dentro del procedimiento concursal regulado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLR). La constatación de que la norma concursal no haya tomado en consideración la posibilidad de que la masa patrimonial sea parte procesal merece al autor una negativa valoración, que le permite proponer modificaciones muy concretas *de lege ferenda* que permitan aclarar las posiciones procesales de los sujetos que participan en el procedimiento concursal.

La tarea que se ha propuesto el autor es enormemente compleja y en realidad tiene que ir mucho más allá de un mero cambio en el tratamiento jurídico de las partes del proceso concursal, aunque, de suyo, esto no sea una cuestión menor; como es fácilmente comprensible el propósito de la obra requiere poner en juego, como necesaria base preliminar, todo el complejo funcionamiento del concurso y una infinidad de elementos dogmáticos y conceptuales muy enjundiosos y lleno de matices: insolvencia, tutela de los acreedores, responsabilidad patrimonial del deudor, ejecución forzosa de las deudas, rescisión concursal, protección de los terceros en el tráfico jurídico frente a los efectos del concurso, representación, capacidad, patrimonio, entre otros. Puedo asegurar al lector que este análisis crítico necesario para llevar a cabo la obra se efectúa con un rigor, claridad y solvencia que acreditan en el autor una gran madurez científica, con una dimensión interdisciplinaria y comparada muy destacada. Además, aparte del examen puramente teórico, el autor desciende al examen minucioso y ponderado de una ingente jurisprudencia: me permito recomendar aquí el tratamiento de este orden relativo al problema de la reintegración de la masa. Por eso esta obra termina haciendo un servicio impagable a nuestra doctrina no solo en el ámbito estrictamente procesal, sino también en el plano de la clarificación conceptual, dogmática y práctica de las instituciones sustantivas que se hacen presentes en el concurso. Destacaré ahora, por ejemplo, por ser una materia de máxima actualidad que nos preocupa mucho a los civilistas, aunque toca solo tangencialmente el contenido del trabajo, los juicios muy ponderados y sensatos sobre la capacidad de obrar y las soluciones que ha dado la Ley 8/2021 a lo que ella misma llama

«ejercicio de la capacidad jurídica»; debe considerarse muy positivamente que en esta época inmediata a la publicación de esta Ley, en la que es más cómodo para muchos autores entonar su voz con el preámbulo y no denunciar las trampas conceptuales que la norma contiene, el autor haya visto claro que, pese a la dicción de la Ley 8/2021, la ineptitud mental total para procurar su gobierno sigue siendo en realidad una causa de limitación de la capacidad de obrar, aunque no se la denomine así. Realmente reconforta este ejercicio de sensatez y cordura, y que ello se ofrezca en una obra sobre el concurso, aparentemente alejada en su objeto de este problema; es una prueba, entiendo que más que suficiente, de la sólida formación jurídica del autor y del esmero intelectual con que se encuentra construida la monografía hasta en sus aspectos más secundarios.

El punto de vista del que parte el trabajo es el del patrimonio concursal, que va a constituir el elemento principal de referencia del proceso, ya que con este último no se trata de otra cosa que hacer frente al pago de todos los acreedores, mediante el convenio o la liquidación; de modo que las respectivas posiciones procesales del deudor, de los diferentes acreedores y de la misma administración concursal quedan supeditadas, en una gran medida, a las necesidades que presenta la masa activa, esto es, a las condiciones de actuación que determina el legislador al servicio del interés del concurso.

La declaración de concurso afecta a la esfera jurídica de una pluralidad de sujetos, altera las reglas que en la situación de normalidad les eran aplicables e instaura un nuevo sistema para la resolución de los conflictos de intereses que existen entre ellos. Se fundamenta este nuevo orden jurídico en la aparición de una afectación patrimonial que recae sobre los bienes embargables y que se rige por el principio representado por el concepto de interés concursal, y que se concreta y desarrolla en el desapoderamiento patrimonial —total o parcial— del deudor, la sujeción de todos sus acreedores a un único cauce procedimental, y la aparición de un nuevo sujeto que es la administración concursal. La monografía permite clarificar certeramente todas estas cuestiones.

Resultan muy sugerentes en especial las páginas que analizan el concepto jurídico de interés del concurso, verdadera piedra angular que explica tantas medidas del proceso concursal y cuya clarificación resulta una ayuda decisiva para su interpretación. También lo son las que desarrollan las implicaciones que tiene la existencia de un patrimonio separado. Así, con ese análisis minucioso y preciso el autor puede desembocar en un juicio ponderado sobre la tesis central que se había planteado resolver: si es o no idóneo conceder personalidad procesal a la masa separada y cómo se podría concretar esa tesis *de lege ferenda*.

Resulta recomendable, tras haber trazado en sus líneas generales el contenido del volumen, describir más pormenorizadamente su estructura, contenido y principales conclusiones.

El capítulo I lo dedica el autor a explicar los principios rectores del proceso concursal. En este punto, advierte el profesor TOMÁS, la remisión que el artículo 521 TRLC realiza a la LEC como derecho supletorio tiene una problemática concreción, ya que la pluralidad de intereses que salvaguarda el procedimiento concursal le dota de una naturaleza singular y autónoma respecto de los procedimientos civiles declarativos o de ejecución, cuyas particularidades no le resultan fácilmente aplicables. En concreto, la relevancia pública del mismo, basada en la conservación del orden económico y la seguridad del tráfico mercantil, justifica la aparición de normas para la adecuada gestión de la masa activa, y también la atribución de poderes excepcionales al órgano jurisdiccional y a la administración concursal, necesariamente singulares dentro del proceso civil porque no se pueden

explicar solo desde el punto de vista de la tutela de los intereses privados de los acreedores, sino también desde la protección de un interés público económico.

La pluralidad de objetos del proceso, manifestado entre otras cosas en los diversos incidentes que en su seno pueden plantearse, hace necesario adoptar cautelas en función del desarrollo del procedimiento, aunque el proceso concursal se rige básicamente por los principios de la dualidad de partes y de contradicción. No obstante, el primero se encuentra muy matizado, en cuanto que la delimitación de la parte pasiva no queda a la disposición del actor en su demanda. Y, en cuanto al segundo, necesita ser garantizado de un modo especial, debido a las amplias potestades con que cuenta el juez, para permitir que estas se ejerciten siempre con la audiencia de los sujetos afectados.

Son interesantes las particularidades que presentan los dos principios procesales dispositivo y de aportación de parte. Es verdad que, en aplicación del deber de congruencia, el juez del concurso no puede conceder algo distinto a lo pedido por las partes; ni tampoco otorgarlo sobre la base de hechos o títulos jurídicos no aducidos por estas. Pero el control de legalidad del convenio y la fijación del plan de liquidación, suponen un poder excepcional del juzgador para rechazar el convenio aceptado por los acreedores y deudor, lo que demuestra una vez más que confluye un interés público cuya salvaguarda prevalece sobre los intereses particulares concurrentes.

En cuanto al principio de igualdad, necesariamente requiere algunas modulaciones desde la perspectiva del concursado, que experimenta restricciones al ejercicio de su derecho de acción y a su poder de disposición del objeto del proceso a favor de la administración concursal.

El capítulo II delimita qué bienes y derechos integran el patrimonio afecto a la declaración de concurso. Sería razonable que este capítulo presentara un carácter más descriptivo, pues esta obra no pretende ser un tratado de derecho concursal, pero el autor no rehúye tratar los aspectos más complejos.

Así, por ejemplo, desde el punto de vista procesal explica muy bien tanto los paralelismos como las diferencias con el procedimiento de ejecución individual: así, entre los primeros, la presencia de remedios a disposición de los terceros ante una errónea designación de los bienes que pertenecen al concursado. Y, entre las segundas, estarían, en primer lugar, que las posibilidades de impugnación operan siempre *ex post*, sin el previo examen sumario y contradictorio de pertenencia regulado por el artículo 593.2 LEC; en segundo lugar, que el juicio de pertenencia no corresponde aquí en un primer momento al órgano jurisdiccional, sino a la administración concursal.

Asimismo, podemos leer una magnífica exposición sobre el choque entre el principio de responsabilidad patrimonial universal y las prohibiciones de disponer, materia en la que el autor se adhiere a la doctrina de la antigua DGRN, según la cual las prohibiciones de disponer solo excluyen las enajenaciones voluntarias, pero no las forzadas, aun reconociendo que estamos ante una cuestión especialmente controvertida.

También se ofrece al lector un acertado estudio sobre los bienes que pudieran estar sujetos a la influencia del régimen económico matrimonial. Y, finalmente, el tratamiento de otras cuestiones como el siempre complicado asunto de las cuentas corrientes de titularidad indistinta, la posición del concursado respecto a los llamamientos a una herencia, etc.

El capítulo III desarrolla la afección patrimonial asociada a la declaración de concurso: sujeción ideal y *erga omnes* de los bienes y derechos de la masa activa al destino jurídico que persigue el proceso concursal. La normativa vigente, como

es sabido, estima que la sujeción patrimonial de todos los bienes y derechos que integran la masa activa a las resultas del proceso concursal se produce desde el dictado del auto de declaración de concurso, que cuenta con algunos medios de publicidad en los registros públicos, incluido el concursal. El papel de esta publicidad registral se califica como meramente declarativo y no constitutivo de la afección: la ausencia de inscripción registral o anotación preventiva (cfr. arts. 36 y 37 TRLC), a diferencia de la publicidad en el BOE del edicto de la declaración de concurso, no origina un vicio de nulidad causante de indefensión (arts. 238.3.º LOPJ y 225.3.º LEC), que sea susceptible de impugnación legal (arts. 240 y 241 LOPJ y 227 y 228 LEC). Por ello es interesante el tratamiento crítico que realiza esta obra de la adquisición por un tercero que confiara en la ausencia de publicidad registral de alguno de los bienes inmuebles que integran el patrimonio concursal.

El principio de universalidad supone que se reconozcan unas facultades y remedios excepcionales a la administración concursal orientados a preservar la masa activa frente a los actos del deudor que pudieran resultar perjudiciales. La eficacia de la declaración de concurso se extiende, para ese fin, a los actos consumados por el deudor en los dos años previos a tal declaración, con superposición del interés de la masa activa sobre el interés de la seguridad del tráfico jurídico, y con alteración de las reglas de protección registral respecto al primer adquirente de buena fe.

Esta fuerza expansiva tendente a la maximización del valor del patrimonio concursal se complementa con otros instrumentos que facilitan la prolongación de la responsabilidad al patrimonio personal de terceros relacionados con el concursado: bien sean socios, administradores, liquidadores o auditores de la sociedad deudora (arts. 131, 132, 455.2. 3.º, 4.º y 5.º y 456 TRLC).

El auto de declaración de concurso proporciona una sujeción patrimonial más intensa y reforzada que la que produce el embargo en la ejecución forzosa: en primer lugar, supone la intransmisibilidad de los bienes a terceros una vez anotado el concurso en el Registro de la Propiedad; en segundo lugar, permite la impugnación de la disposición realizada por el deudor con infracción de las limitaciones patrimoniales acordadas (arts. 109, 405.2 y 558.2 *in fine* TRLC), o en perjuicio de la masa activa, con posibilidad de proyección retroactiva del reproche jurídico y reintegración del bien a esta (arts. 226, 238 y 697 TRLC).

La afección del patrimonio concursal se prolonga durante todo el concurso. Indubitablemente, en las fases común y de liquidación; asimismo, aun con relajación de su intensidad, en la fase de convenio. El control de legalidad y el poder atribuido al órgano jurisdiccional en los distintos estadios de esta última fase es reflejo de la sujeción del patrimonio concursal a la responsabilidad contraída por el deudor.

La declaración de concurso atenúa la eficacia de los derechos reales de garantía, pues se restringe su derecho de ejecución separada y se idean sistemas alternativos para la satisfacción del crédito (arts. 145 y sigs. y 209 y sigs. TRLC).

El capítulo IV describe el desapoderamiento del deudor concursado, del que se explica que no supone ningún fenómeno expropiatorio, ni del conjunto de sus bienes, ni de su facultad de disposición, ni opera una suerte de secuestro sobre el patrimonio concursal, ni dota a los acreedores de un especial derecho de carácter sustantivo o real. Tampoco desencadena una sucesión universal, ni comporta tampoco la incapacidad del concursado o la limitación de su capacidad de obrar. Contiene, en cambio, una prohibición de administrar y disponer sobre el deudor, de distinto grado según el régimen patrimonial acordado judicialmente:

sigue aquí la acertada tesis explicada por mi querido compañero Enrique Ramos Chaparro en *La persona y su capacidad civil*.

El capítulo V estudia la posición jurídica de la administración concursal, y el mecanismo técnico que permite explicar la eficacia de los actos sobre la masa activa. Si bien el poder del administrador concursal se origina por su nombramiento por el juez, no se adquiere en virtud de un acto de delegación de la potestad pública, sino por la atribución de un título propio conferido *ex lege* que opera a raíz de la referida designación. El órgano jurisdiccional ocupa una posición de preeminencia para supervisar la función desplegada por el administrador o administradores concursales.

Con la doctrina unánime se sostiene que la administración concursal goza de una naturaleza jurídico-privada, aunque ejerce cometidos de un marcado cariz público, y esté sujeta a un régimen próximo a aquellos que desempeñan funciones públicas.

El autor opina, con argumentos muy atendibles, que la administración concursal no representa al deudor, a los acreedores, ni a las múltiples partes ni al concurso. La potestad es el título jurídico que mejor describe las posibilidades de actuación de que goza el administrador en sede concursal. Y la legitimación, entendida como la idoneidad jurídica para realizar actos en la esfera jurídica ajena, la categoría concreta que habilita su actividad en el ámbito sustantivo al servicio de la función jurídica que se le atribuye.

El capítulo VI lo destina específicamente Salvador TOMÁS al examen del interés del concurso, o intereses del concurso o interés de la masa, expresiones también utilizadas por la Ley, aunque este sea un concepto que en realidad vertebraba toda la obra. La nueva función que la masa activa está orientada a satisfacer tras la declaración de concurso determina la tutela de este nuevo interés y el desplazamiento del resto de intereses subjetivos como criterio rector de las relaciones jurídicas que se integran en ella. El interés del concurso es un concepto jurídico indeterminado que cumple un doble cometido: de una parte, permite identificar la finalidad a la que se dirige el proceso concursal; de otra, sirve de criterio hermenéutico del Derecho concursal y la aplicación de los instrumentos dispuestos legalmente.

El autor sostiene que, desde el punto de vista teleológico, el interés del concurso se identifica con la mayor satisfacción de algunos acreedores, según el sistema de reparto legalmente establecido, y la subsidiaria reparación del resto de intereses afectados por la insolvencia, especialmente del deudor común. Pero también se hacen presentes en ese interés la conservación del orden económico y la seguridad del tráfico mercantil.

El interés del concurso adquiere un significado diferente en cada fase procedimental: en las fases común y de convenio, se asimila a la conservación activa y maximización del valor de la masa, incluida la eventual reconstitución y reparación; en la fase de liquidación, se equipara a la consecución de los mayores ingresos posibles derivados de la realización de los bienes de la masa activa, con ciertas adaptaciones que se confían a la discreción judicial cuando se optara por la enajenación global de la empresa o de una o varias unidades productivas.

El capítulo VII tiene por objeto el análisis de la masa concursal como patrimonio separado, autónomo o de destino, al que da su consistencia jurídica la existencia de una función objetiva como es el interés del concurso, y que está sujeto a un régimen especial de gestión y control.

La administración concursal se erige en garante de la actuación del Derecho concursal, debiendo emplear idéntico criterio de oportunidad ya se le encomiende

la vigilancia y el control de los actos del deudor; ya se le atribuya el ejercicio de la actividad de gestión patrimonial.

Finalmente, el capítulo VIII es la desembocadura natural del propósito diseñado por el autor: estudiar las especialidades del procedimiento concursal en relación con el derecho de acción y la constitución de las relaciones jurídico-procesales. Se analiza con detalle en este extenso capítulo final: por un lado, la capacidad para ser parte de la masa concursal, las reglas de legitimación activa diseñadas en el TRLC y el estatuto de parte de la administración concursal, del deudor y del patrimonio separado; por otro lado, la influencia de la declaración de concurso en el derecho de acción del concursado y de los acreedores, así como en los actos de disposición del objeto del proceso con incidencia patrimonial.

El derecho de acción y las facultades dispositivas dentro del proceso son limitadas al deudor, total o parcialmente, con atribución de un nuevo derecho de acción a la masa concursal cuando la aludida restricción es total (arts. 120, 131.2 y 132 TRLC). En cambio, en el régimen de intervención el deudor conserva su capacidad para actuar en juicio, aunque necesite la autorización de la administración concursal cuando la materia litigiosa pueda afectar a la masa activa (art. 119.1 TRLC).

El interés del concurso constituye el único interés jurídico que puede fundamentar la actividad procesal en los pleitos con incidencia directa en el patrimonio separado, lo que conduce a una alteración de las normas ordinarias de legitimación. Pese a lo dispuesto en el TRLC, técnicamente la administración concursal no debe tener conferida la legitimación *ad causam* en las pretensiones relativas a la masa, sino un poder de dirección procesal vinculado a la aceptación del cargo, en defensa y promoción de un interés cuya titularidad recae en otro sujeto. La cualidad de parte es desacertada si se dirime sobre los bienes y derechos que integran —o pueden integrar— la masa activa porque ni los pronunciamientos jurisdiccionales que se dicten afectan a la esfera jurídica de la administración concursal ni los desembolsos económicos asociados a su desarrollo son sufragados por ella. Tampoco el fallecimiento del administrador, o la renuncia o separación del cargo, comporta una crisis subjetiva del proceso, ni la carencia de recursos económicos determina un derecho a su favor a la asistencia jurídica gratuita, ni, finalmente, el régimen aplicable en el interrogatorio del administrador es el propio de las partes.

Por otro lado, el desapoderamiento patrimonial del concursado en el régimen de suspensión acarrea su subordinación a una posición secundaria y auxiliar (art. 121 TRLC) de interviniente adhesivo simple, aun siendo titular material de la relación jurídica deducida en juicio, lo que no impide el traslado y puesta en conocimiento al deudor de los litigios con impacto en la masa activa, inexcusable en orden a satisfacer las exigencias del principio de contradicción y del derecho de defensa. El respeto del artículo 24 CE no impone, pues, la efectiva presencia del concursado en el pleito ni exige, salvo excepciones (v.gr., art. 233.1 TRLC), el litisconsorcio necesario para la válida constitución de la *litis*.

El TRLC no contiene normas que determinen expresamente la legitimación pasiva (a excepción de la rescisoria concursal y otras acciones de impugnación). Estas son sustituidas por un emplazamiento obligatorio a la administración concursal y al deudor en cualquier pretensión de contenido patrimonial [arts. 136.1.1.º y 3 (cfr. art. 532.1 TRLC), 119.1, 120 y 509 TRLC; y arts. 150 LEC y 270 LOPJ]. De esta forma, cuando la demanda es entablada frente a la administración concursal, en calidad de representante necesario de la masa, no es posible aducir defecto en la constitución de la *litis* siempre que se garantice el

emplazamiento y audiencia del deudor. De igual forma, en la situación inversa, la pretensión formulada frente al deudor no desencadena ningún perjuicio para la masa si se emplaza *ex officio* a la administración concursal, asegurando, por ende, la personación de aquella.

He de poner fin a estas largas páginas, aunque perciba ahora que la indicación de la materia contenida en la obra no ha dado una idea completa ni del contenido de la monografía ni de su calidad. Recomendando al lector interesado su lectura pausada. Estoy seguro de que obtendrá de ella elementos muy valiosos para la información y la reflexión. Nada puedo decir del autor, que no haya quedado sobradamente acreditado por su brillante trayectoria como investigador y su señalada especialización en el Derecho concursal: se le debe tener desde la publicación de esta nueva obra como uno de nuestros más consumados especialistas en la materia. Espero y deseo que esta trayectoria no se interrumpa y siga dando frutos en el futuro.