REVISTA CRÍTICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Dedicada, en general, al estudio
del Ordenamiento Civil y Mercantil,
y especialmente al Régimen Hipotecario

Año XC • Julio-Agosto 2014 • Núm. 744

REVISTA BIMESTRAL

Todos los trabajos son originales.
La Revista no se identifica necesariamente con las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

Dirección de la RCDI: Diego de León, 21.—28006 Madrid.—Tel. 91 270 17 62
www.revistacritica.es
revista.critica@corpme.es

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España
I.S.S.N.: 0210-0444
I.S.B.N.: 84-500-5636-5
Depósito legal: M. 968-1958
Marca Comunitaria N.º 3.623.857

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.
Manuel Tovar, 10 - 2.ª planta
28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de esta revista, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Comisión ejecutiva

Don Gonzalo Aguilera Anegón
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores de la
Propiedad y Mercantiles de España

Don Francisco Javier Gómez Gálligo
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Juan María Díaz Fraile
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Consejero-Secretario de la Revista

Don Francisco Javier Gómez Gálligo
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Consejeros

Don Aurelio Menéndez Menéndez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Antonio Pau Pedrón
Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don José Poveda Díaz
Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Luis Laso Martínez
Abogado

Don Joaquín Rams Albesa
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Luis M.ª Cabello de los Cobos y Mancha
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

Don Ángel Rojo Fernández-Río
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Francisco Javier Gómez Gálligo
Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGRN

Don Juan María Díaz Fraile
Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGRN

Don Fernando Pedro Méndez González
Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Alfonso Candau Pérez
Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Cándido Paz-Ares Rodríguez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Gonzalo Aguilera Anegón
Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Comité editorial

con funciones de evaluación externa

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

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

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

Don Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS / STUDIES

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: «Actuaciones sanitarias, consentimiento de la persona con discapacidad incapacitada y papel del guardador legal» / *Heath care practices, consent of the incapacitated disabled person and role of his/her legal guardian* 1585

LEGERÉN MOLINA, Antonio: «La tutela ejercida por persona jurídica. Algunas ideas para su reforma» / *Guardianship by a legal entity. Some guidelines for its reform* 1611

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: «La problemática derivada del otorgamiento de testamento por personas ancianas» / *The problems arising from the granting of testament by elderly people* 1635

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES

ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía: «Propuesta de Código Mercantil y sociedad cooperativa» / *Proposal for a Commercial Code and cooperative society* 1663

CUADRADO PÉREZ, Carlos: «La responsabilidad precontractual en la reforma proyectada: ¿una ocasión perdida? (Parte I)» / *Precontractual liability on the proposed reform: a missed oportunity? (Part I)* 1717

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

ROMERO COLOMA, Aurelia María: «La pensión compensatoria temporal frente a la pensión vitalicia» / *The temporal rent against life long rent*.... 1761

Págs.

DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW

CASAS PLANES, María Dolores: «El menor de edad desamparado en el Derecho español y francés (referencia al modelo francés tras la reforma por Ley de 5 de marzo de 2007, *portant réforme de la protection de l'enfance.* Propuestas de cambio)» / *The abandoned minor in the Spanish and French law (Reference to the French model after the reform by Act of 5 March 2007,* portant réforme de protection de l'Enfance. *Proposals for change)* 1781

BORETTO, Mauricio: «Responsabilidad civil, laboral y concursal en la franquicia en la República Argentina» / *Civil, employment and bankruptcy liability in the franchise in Argentina*..... 1835

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL / RESOLUTIONS OF DIRECTORATE OF NOTARIES AND REGISTRIES

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por JUAN JOSÉ JURADO JURADO 1867

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— «Finalización de la administración testamentaria de la herencia de menores de edad» / *Completion of the testamentary service for the inheritance of minors*, por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE 1899

1.2. Derecho de familia:

— «Los menores nacidos mediante gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014» / *Children born through pregnancy by substitution not be registered in the Civil Register. A review of the STS 6 february 2014,* por Eduardo CORRAL GARCÍA 1910

— «El necesario consentimiento de la mujer casada en las técnicas de reproducción asistida como título de atribu-

Págs.

ción de la maternidad y la importancia del interés del menor» / *The married woman's consent required for assisted reproductive techniques, title attributing motherhood and the importance of the child's interests,* por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE 1924

1.3. Derechos reales:

— «Definitiva derogación del artículo 1949 del Código Civil: la aplicación de la regulación hipotecaria en la usucapión *contra tabulas»* / *Final repeal of article 1949 of Civil Code: implementation of mortgage regulation on usucaption* contra tabulas, por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 1943

1.4. Sucesiones:

— «Acerca de la posibilidad de los "legados legales" en el Código Civil con especial atención a la legítima: reflexiones críticas sobre doctrina y jurisprudencia» / *About the possibility of the "legal legacies" in the Spanish Civil Code with special attention to the legitimate: reflexions of doctrine and jurisprudence,* por M.ª Carmen NÚÑEZ MUÑIZ 1961

2. DERECHO MERCANTIL

— «Crónica judicial de un despropósito legislativo. El artículo 90.1.6 de la Ley Concursal» / *Judicial Chronicle of a Legislative Blunder. Section 90.1.6 of the Bankruptcy Act,* por Francisco REDONDO TRIGO 1984

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

— «La constitucionalidad de la regulación de la ocupación directa en la legislación autonómica conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional 183/2013, de 23 de octubre» / *The Constitutionality of Having the Compulsory Purchase of Real Estate Regulated in Regional Legislation According to Ruling 183/2013 of 23 October of the Spanish Constitutional Court,* por Vicente LASO BAEZA 2003

Págs.

ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS

Información de actividades 2017

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA / BIBLIOGRAPHY INFORMATION

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

«La responsabilidad civil del empresario derivada de accidentes laborales: en especial por acoso moral o *mobbing* (novedades de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social)»,* de M.ª Dolores CASAS PLANES, por M.ª Fernanda MORETÓN SANZ. 2023

«*Open price* y compraventa», de Alfredo FERRANTE, por M.ª Fernanda MORETÓN SANZ..... 2026

SEXTO PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»

Se ha fallado el Sexto Premio de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario al mejor trabajo publicado en ella por autores jóvenes durante los años 2012/2013, concediéndose a Don Luis Javier Arrieta Sevilla, por su trabajo «La calificación registral en el Registro de la Propiedad digital y gráfico», publicado en el número 740, correspondiente a noviembre-diciembre de 2013. Don Luis Javier Arrieta Sevilla es Profesor Contratado Doctor de la Universidad de Navarra. El Jurado estuvo compuesto por las siguientes personas: Presidente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Presidente a su vez del Consejo de Redacción de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario;* Vocales: don Gonzalo Aguilera Anegón, don Eugenio Rodríguez Cepeda y don Juan María Díaz Fraile, integrantes del Comité Ejecutivo de la *Revista Crítica;* así como por don Francisco Javier Gómez Gálligo, Consejero-Secretario de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* que actuó a su vez como secretario del Jurado. El premio *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* fue instituido en 2004 al mejor trabajo publicado en ella, en cualquiera de sus Secciones, por autores de edad inferior a cuarenta años.

SÉPTIMO PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»

Se convoca el SÉPTIMO PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO» con arreglo a las siguientes BASES:

l.º La dotación del premio será de 5.000 euros.

2.º Se concederá premio al mejor trabajo publicado hasta el 31 de diciembre de 2015, en las diversas secciones de la Revista, cuyo autor opte al premio y sea menor de cuarenta años. Podrá concederse *ex aequo* con otro autor.

3.º No podrán optar al premio aquellos autores que formen parte del Consejo de Redacción de la Revista en el año de la presentación del trabajo, ni aquellos autores ya premiados en anteriores convocatorias.

4.º El Jurado estará compuesto por el Presidente del Consejo de Redacción y los Consejeros de Redacción integrados en el Comité Ejecutivo. El Consejero-Secretario de la Revista actuará también como secretario del Tribunal del Jurado. El Presidente del Jurado será el Presidente del Consejo de Redacción.

5.º El premio será objeto de reseña en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.*

ESTUDIOS

Actuaciones sanitarias, consentimiento de la persona con discapacidad incapacitada y papel del guardador legal

Health care practices, consent of the incapacitated disabled person and role of his/her legal guardian

por

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ
Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil, acreditado a Titular de Universidad
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)
Secretario del Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España (IDADFE)

RESUMEN: En el presente trabajo pretendemos poner de manifiesto cuál es el régimen jurídico a través del que se articula la prestación del consentimiento para la realización de actuaciones sanitarias por parte de las personas con discapacidad que han sido incapacitadas. En ese régimen ocupa un papel destacado la intervención de los guardadores legales de los incapacitados, tanto titulares de la patria potestad como tutores, e incluso los curadores y aun los guardadores de hecho en ciertas circunstancias. Haremos referencia tanto al sistema general de prestación de dicho consentimiento como a los regímenes especiales para los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo y esterilización, aplicación de las técnicas de reproducción asistida, realización de ensayos clínicos e investigaciones biomédicas y práctica de trasplantes.

ABSTRACT: In this paper we try to show how is the legal system through which it is articulated the granting of consent for the performance of health care practices by disabled people who have been declared incapacitated. In this regime, it is remarkable the prominent role of the intervention of the legal guardians of the disabled persons, both holders of parental authority as guardians, and even curators and de facto *keepers in certain circumstances. We will refer to both the general system about such consent as to the special regulations for cases of voluntary termination of pregnancy and sterilization, application of assisted reproduction techniques, clinical trials and biomedical research and practice of transplantation.*

PALABRAS CLAVE: Personas con discapacidad incapacitadas. Actuación sanitaria. Consentimiento. Guardadores legales.

KEY WORDS: Disabled incapacitated people. Health care practices. Consent. Legal guardians.

SUMARIO: ABREVIATURAS.—I. INTRODUCCIÓN: PERSONAS CON DISCAPACIDAD E INCAPACITADOS.—II. EL SISTEMA GENERAL DE PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO A LAS ACTUACIONES SANITARIAS.—III. INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y ESTERILIZACIÓN.—IV. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.—V. REALIZACIÓN DE ENSAYOS CLÍNICOS E INVESTIGACIONES BIOMÉDICAS.—VI. REALIZACIÓN DE TRASPLANTES.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

ABREVIATURAS

ADC	*Anuario de Derecho Civil.*
ARAJL	*Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.*
BFD UNED	*Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED.*
CC	Código Civil.
CCC	Código Civil de Cataluña.
CDFA	Código de Derecho Foral de Aragón.
LAP	Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
LIB	Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica.
LGS	Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

LTO	Ley 30/1979, de 27 octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.
LTRHA	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
RDCTH	Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.
RGLJ	*Revista General de Legislación y Jurisprudencia.*
RTO	Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos.

I. INTRODUCCIÓN: PERSONAS CON DISCAPACIDAD E INCAPACITADOS

Ha de diferenciarse claramente entre personas con discapacidad e incapacitadas[1]. *Incapacitada* será la persona en quien concurran «enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma» (arts. 200 del CC y 38.2 del CDFA), incluso en el caso de que sea menor de edad, si concurre en ella causa de incapacitación y se prevé razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad (arts. 201 del CC y 38.4 del CDFA)[2], y se llegará a este estado mediante resolución judicial que así lo declare tras el correspondiente procedimiento[3]. De este modo, en principio todos los incapacitados tendrán algún tipo de discapacidad, pero obviamente no todas las personas con discapacidad han de ser incapacitadas, pues no en todas ellas su grado de discapacidad les impedirá «gobernarse por sí mismas».

Así, no pueden independizarse totalmente capacidad de obrar y capacidad natural, o incapacitación e incapacidad natural, pues la incapacitación habrá de basarse siempre en una situación de discapacidad física o psíquica.

No siempre se ha considerado así, y de este modo para DE CASTRO[4] debía distinguirse netamente entre la incapacidad legal (incapacitación) y la incapacidad natural, sin que aquella pueda vincularse a las condiciones psíquicas o psicológicas de cada persona, sino que vendrá vinculada a la modificación de la capacidad de obrar, consecuencia de una resolución judicial de incapacitación, que a su vez le constituye en el estado civil de incapacitado, hasta el punto de que todos los posibles avatares en su situación física o psíquica serán

irrelevantes para el Derecho, en tanto no recaiga una resolución judicial que modifique la anterior.

Sin embargo, actualmente la Convención de Nueva York de 2006 obliga a una interpretación más naturalista, que vincula más la incapacitación a la incapacidad natural[5], y que por otra parte sería más acorde con nuestro Derecho histórico anterior al Proyecto de 1851[6], en que se consideraba la prodigalidad como único supuesto en que sí se seguía una concepción estrictamente formal y vinculada a la constitución judicial de la incapacitación, de modo que una persona plenamente capaz en su estado psíquico era objeto de incapacitación como consecuencia de una resolución judicial. La incapacidad sería, de esta forma, una situación de hecho o natural, una realidad previa sobre la que el Derecho se limita a realizar un reconocimiento o declaración posterior para la determinación de cuáles han de ser los efectos jurídicos derivados de los actos del incapaz (incapacitado) y en su caso la necesidad de una protección de su persona y/o de sus bienes a través de una institución tutelar. De este modo, la resolución judicial de incapacitación no sería constitutiva de la incapacidad, sino propiamente declarativa.

La Convención prohíbe la existencia de discriminaciones por motivos de discapacidad (art. 5), pero ello no excluye la realidad de que las discapacidades producen restricciones o limitaciones de la capacidad natural que han de repercutir sobre la capacidad legal. Como destaca Mayor Fernández[7], la Convención proscribe la desigualdad en la capacidad de obrar derivada de la discapacidad sin tomar en consideración la capacidad natural real de la persona afectada para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones, pero sin negar que la capacidad de obrar, entendida como capacidad natural para el ejercicio de los derechos, queda afectada por la discapacidad, existiendo limitaciones de hecho que el Derecho no puede desconocer.

La guarda y protección de los incapacitados (de su persona y/o de sus bienes) se realizará de modo estable a través de las instituciones, contempladas en los artículos 215 del CC y 100 del CDFA, de la tutela [arts. 222.2.º del CC, 222-1.*b)* del CCC y 130.1.*b)* del CDFA] y curatela [arts. 287 del CC, 223-1.*b)* del CCC y 148.*b)* del CDFA), y en caso de conflicto de intereses con sus guardadores o falta de desempeño de sus funciones por estos por cualquier causa, por medio del defensor judicial (arts. 299 del CC, 224-1 del CCC y 153 del CDFA): por tanto, los incapacitados habrán de contar con unos guardadores legales[8], figura cuya intervención, en relación con la aplicación de las actuaciones sanitarias a los incapacitados cuya guarda ejercen, nos planteamos en el presente trabajo.

II. EL SISTEMA GENERAL DE PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO A LAS ACTUACIONES SANITARIAS

El actual sistema de intervenciones sanitarias parte de la necesidad de *consentimiento informado:* toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información asistencial sobre la misma, haya valorado las opciones del caso (art. 8.1 de la LAP)[9].

No obstante, ese consentimiento puede darse por representación[10], y entre los casos en que cabe esa posibilidad está precisamente el del paciente incapacitado legalmente [art. 9.3.*b)* de la LAP, en sintonía con el 6.3-5 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997). En tales supuestos, el paciente incapacitado cuenta con un representante legal, siéndolo su guardador. No obstante, hemos de precisar, pues mientras que el tutor sí será normalmente representante legal del incapacitado (arts. 267 del CC, 222-47 del CCC[11] y 136.2 del CDFA), lo mismo que el defensor judicial, especialmente cuando supla las funciones del tutor (arts. 299 del CC, 224-1 del CCC y 153 del CDFA), pero ello en todo caso subordinado a las atribuciones que se les confiera judicialmente en cada caso, el curador en cambio no será en principio representante legal del incapacitado, pues su papel es únicamente el de prestar asistencia para los actos en que sea preciso y en su caso representarle en relación con los bienes, pero no con su persona (arts. 289 y 290 del CC, 223-4.1 del CCC y 150.2 del CDFA), y desde luego nunca lo será el mero guardador de hecho.

Sin embargo, también los guardadores de hecho podrán actuar como representantes legales en este ámbito, cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. En tales supuestos, si el paciente carece de representante legal (como sería ese caso, dado que por definición no contará con un representante legal que esté ejerciendo como tal), el artículo 9.3.*a)* de la Ley de Autonomía del Paciente establece la prestación del consentimiento por representación por parte de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho[12], categoría en que claramente estarán los guardadores de hecho (incluso, en función de las circunstancias, puede que también el curador) y que por tanto les permitirán actuar en tal función.

De este modo, al referirnos al guardador como representante legal del incapacitado, lo estaremos haciendo propiamente al tutor y en su caso al defensor judicial (reiteramos: siempre en función de las atribuciones conferidas judicialmente), junto, por supuesto, a los titulares de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, pero no al curador ni al guardador de hecho, salvo en los men-

cionados casos de actuación *de facto* como tales representantes legales en la prestación del consentimiento.

Pues bien, si el incapacitado, en función de lo establecido por la sentencia de incapacitación, cuenta con un guardador que sea su representante legal, habrá de ser este quien otorgue el consentimiento[13], y por tanto a quien deba de informarse, en vez de o junto al paciente incapacitado (dependiendo de su capacidad de entendimiento y voluntad), pero siempre de modo adecuado a las circunstancias y proporcionado a las necesidades que haya que atender, en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal[14], y con su participación, en la medida de lo posible, en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario (art. 9.5 de la LAP), y siempre que redunde en su beneficio directo (art. 6.1 del Convenio de Oviedo)[15]. En el mismo sentido, el Código de Deontología Médica-Guía de Ética Médica de la Organización Médica Colegial, de julio de 2011 (art. 13.1-3), establece que cuando el médico trate a pacientes incapacitados legalmente deberá informar a su representante legal o a las personas vinculadas por razones familiares o de hecho, debiendo ser especialmente cuidadoso para que estos pacientes participen en el proceso asistencial en la medida que su capacidad se lo permita, y en cualquier caso tomará las decisiones que considere adecuadas cuando se dé una situación de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del paciente y no sea posible conseguir su consentimiento.

Ello implicará que deba distinguirse entre los incapacitados capaces naturalmente de entender, y los que no lo sean[16]. El respeto a su dignidad personal exige reconocerles la posibilidad de prestar consentimiento personalmente cuando su capacidad natural lo permita, sin que en tal caso puedan prestar por ellos el consentimiento sus representantes legales, ni imponerles el acto médico contra su voluntad (salvo que la no intervención implicara un riesgo para la salud pública, o un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo: art. 9.2 de la LAP), como corresponde al ejercicio de derechos de la personalidad que puedan realizar por sí mismos (art. 162.II.1.º del CC, analógicamente), pero sin que ello tampoco implique que pueda prescindirse de los guardadores y contar solo con la voluntad de los incapacitados para legitimar la intervención médica: se excluye la representación, por la que los guardadores tomarían la decisión por el incapacitado, pero no la intervención de dichos representantes legales, que deberán prestar *también* su consentimiento como manifestación del deber de velar por él (art. 269 del CC). En caso de discrepancia entre el incapacitado y su guardador sobre la oportunidad de la actuación médica, dado que como decimos queda excluida propiamente la representación, que permitiría una sustitución de la voluntad del incapacitado, no puede prescindirse del consentimiento de ninguno de ambos, quedando la posibilidad de acudir a la autorización judicial (art. 216, en relación con el 158.3.º del CC) como única vía para la realización de prácticas médicas cuya omisión

pudiera provocar al incapacitado un peligro o perjuicios y que sean contrarias a la voluntad de cualquiera de ellos[17], debiéndose recordar que las decisiones del guardador que pongan en peligro al incapacitado y puedan ser consideradas como mala conducción en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio, pueden dar lugar a su remoción (art. 247 del CC).

En cambio, en el caso de incapacitados que carezcan de capacidad natural o que de hecho no puedan manifestar su voluntad sobre la intervención médica, ha de entenderse que serán sus representantes legales quienes deban ser informados y emitir el correspondiente consentimiento respecto de la realización del acto médico, aunque esa prestación de consentimiento habrá de ser en todo momento adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal, y dándole participación en la medida de lo posible; y únicamente en caso de no ser posible la localización de esos representantes legales podrá acudirse a «las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho» (dado que nos encontraremos ante una situación *de facto* de carencia de representante legal). Exclusivamente en los casos de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo podrá el propio médico adoptar las medidas que estime más adecuadas, consultando cuando las circunstancias lo permitan a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él, en los términos del artículo 9.2.*b)* de la Ley de Autonomía del Paciente.

Si bien la Ley de Autonomía del Paciente establece una regulación general, en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo[18], la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, su artículo 9.4 se remite a «las disposiciones especiales de aplicación». Esas disposiciones vienen constituidas respectivamente por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos y la Ley de investigación biomédica, y la Ley de técnicas de reproducción humana asistida. Iremos viendo seguidamente las especialidades que se presentan en relación con estas y otras materias.

Finalmente, señalemos que el Código Civil de Cataluña (concretamente, su Libro segundo) recoge una regulación propia en relación con la «autonomía de la persona en el ámbito de la salud», estableciendo en su artículo 212-1 el derecho de toda persona a recibir información adecuada a sus necesidades y requerimientos sobre el alcance de cualquier intervención en el ámbito de su salud, y si la persona se hallara en un estado físico o psíquico que no le permitiera recibir la información o comprenderla, deberá darse a la persona designada en el documento de voluntades anticipadas, al asistente legalmente designado, al representante legal, a la persona que tiene la guarda de hecho, a los familiares o a las personas que están vinculadas a ella, según proceda. Por

tanto, en los casos de incapacitación, la información habrá de ser facilitada al representante legal.

En cuanto al consentimiento informado que habrá de darse para toda intervención sanitaria, conforme al artículo 212-2 del Código Civil de Cataluña, si la persona se hallara en un estado físico o psíquico que no le permitiera hacerse cargo de su situación ni decidir, el consentimiento deberá obtenerse de las mismas personas que deben recibir la información, y por tanto, en el caso de incapacitados, de sus representantes legales, que podrán revocar el consentimiento otorgado. Si se negaran a dar el consentimiento, la autoridad judicial puede autorizar la intervención a solicitud del facultativo responsable y en interés de la persona que no puede consentir.

También diversas leyes autonómicas de ordenación sanitaria[19] contemplan el consentimiento a prestar por los incapacitados, regulando el consentimiento por representación o sustitución en general en términos similares a los de la Ley de Autonomía del Paciente: así, los artículos 7.2 de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica (que se remite al Código de Familia de Cataluña, remisiones que deben entenderse hechas al art. 212-2 del CCC, conforme a la DF 4.ª de la Ley catalana 25/2010); 6 de la Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes (modificado por la Ley 3/2005, de 7 de marzo), que curiosamente establece que el representante legal «*habrá de acreditar de forma clara e inequívoca, en virtud de la correspondiente sentencia de incapacitación, que está legalmente habilitado para tomar decisiones que afecten a la persona del incapaz*»; 14 de la Ley aragonesa 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón; y 6.3.*b)* de la Ley riojana 2/2002, de 17 de abril, de Salud; y después de la Ley de Autonomía del Paciente, los artículos 31 de la Ley cántabra 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria (que extrañamente exige además la autorización judicial cuando de los procedimientos o prácticas se derive un gran peligro para la vida o la integridad física o psíquica del enfermo); 12.5 de la Ley balear 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Illes Balears; 28.3-4 de la Ley castellanoleonesa 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud; 9.2 de la Ley valenciana 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana [en esta Ley sorprende que su art. 10.*b)* permita prescindir del consentimiento cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones y el representante legal se niegue injustificadamente a prestarlo de forma que ocasione un riesgo grave para la salud del paciente y siempre que se deje constancia por escrito de estas circunstancias: ¿ha de ser el médico interviniente quien aprecie la existencia y/o admisibilidad de la justificación de la negación?]; 25 de la Ley extremeña 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente; 43.3-4 y 51 de la Ley Foral navarra 17/2010,

de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra (que viene a sustituir a la Ley Foral 11/2002); y 20 de la Ley castellano-manchega 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha. En alguna de estas leyes se establece la puesta en conocimiento de la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en la legislación civil cuando la decisión del representante legal pueda presumirse contraria a los intereses del incapacitado, lo que no es sino aplicación del artículo 247 del Código Civil, como dijimos.

III. INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y ESTERILIZACIÓN

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, contempla en su artículo 13 como requisito necesario para poder proceder a la interrupción voluntaria del embarazo el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, *en su caso,* del representante legal, según la Ley de Autonomía del Paciente, pudiendo prescindirse del consentimiento expreso cuando exista un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la paciente y no sea posible conseguir su autorización (en este caso, debe entenderse la del representante legal), consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él [art. 9.2.*b)* de la LAP].

Como vemos, en relación con las mujeres incapacitadas no se presenta realmente ninguna especialidad respecto de la regulación general, sino que, al contrario, la propia Ley especial en esta materia se remite para la determinación del consentimiento a la regulación general de la Ley de Autonomía del Paciente. Por tanto, salvo en los supuestos de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la paciente en que no sea posible conseguir la autorización del representante legal, deberá ser este quien preste su consentimiento expreso y por escrito a la interrupción voluntaria del embarazo de la incapacitada, por representación de esta, aunque la misma participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones.

En cambio, respecto de la esterilización de incapacitados se refuerzan los consentimientos necesarios, y así el artículo 156 del Código Penal excluye la posibilidad de consentimiento del incapacitado sin que sea tampoco suficiente el del representante legal, que deberá solicitar la autorización judicial para la esterilización salvo que la sentencia de incapacitación ya la admitiera.

IV. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

En el caso de la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, como dijimos, «las disposiciones especiales de aplicación» del artículo 9.4 de la Ley de Autonomía del Paciente vienen constituidas por la Ley de técnicas de reproducción humana asistida.

El artículo 6 de esta segunda Ley establece como requisito de las mujeres que vayan a ser receptoras o usuarias de estas técnicas que sean mayores de dieciocho años y con plena capacidad de obrar. La capacidad de obrar exigible no tiene por qué ser absoluta, sino la precisa específicamente para esta finalidad, por lo que las discapacidades que no afecten a la maternidad o a la capacidad para el ejercicio de la patria potestad no necesariamente impedirán a la mujer ser usuaria de estas técnicas[20].

De este modo, salvo que la sentencia de incapacitación contemplara una limitación al respecto, ha de entenderse que el carácter personalísimo del consentimiento de la usuaria implicará que deba ser la propia mujer quien preste personalmente el consentimiento, en consonancia con su capacidad natural, sin que quepa la posibilidad de su prestación por representación a través de su guardador representante legal. Por tanto, en este ámbito nos apartaríamos de la regla general de posibilidad de prestación del consentimiento por representación, quedando excluido el consentimiento del representante legal.

Por otra parte, el que el artículo 3.1 de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida establezca, como condición personal para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, que estas técnicas se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, implicará que no basta con el consentimiento de esta, sino que ante todo y sobre todo deberá primar el criterio médico, de modo que en caso de que no haya una posibilidad razonable de éxito o —lo que es especialmente importante considerar si la mujer tuviera alguna discapacidad grave— la aplicación de las técnicas pudiera suponer un riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia, dicha aplicación habrá de quedar excluida.

Asimismo, en caso de estar la mujer casada y no separada legalmente o de hecho[21] (separación que de existir deberá constar fehacientemente, por lo que parece que por el centro sanitario habría de exigírsele la prueba de su estado civil[22]), se precisará también el *consentimiento del marido*[23], que deberá ser igualmente previo, libre, consciente y formal, y en formato adecuado (art. 6.3 de la LTRHA).

En este caso, de ser el marido un incapacitado, por las mismas razones antes expuestas, no parece que dicho consentimiento marital pueda ser emitido por representación por su guardador (además de que en la práctica tal función

suele venir asignada a su propio cónyuge[24], que es precisamente quien desea someterse a la aplicación de las técnicas), por lo que parece que en estos casos deberá obtenerse la autorización de la autoridad judicial[25].

La Ley de reproducción asistida (DA 5.ª) contempla específicamente el recurso a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por parte de personas con discapacidad, y en ese sentido excluye la posibilidad de discriminación por razón de discapacidad en el acceso y utilización de estas técnicas, estableciéndose igualmente que se adaptarán la información y el asesoramiento contemplados en la Ley a las condiciones y formatos que precisen los discapacitados[26]. Tanto en el caso de los donantes como de las usuarias y receptoras de las técnicas, la información y el consentimiento habrán de efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, como resulta de la modificación en tal sentido del artículo 5.4 y de la introducción de un nuevo 6.4, ambos de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida, realizadas por la Ley 26/2011.

Ya el Plan de Acción para las Mujeres con discapacidad 2007, aprobado por el Consejo de Ministros de 1 de diciembre de 2006, contemplaba la facilitación de estas técnicas a las mujeres con discapacidad. Este Plan planteaba una serie de actuaciones y de objetivos, y así dentro del Área II *(Vida familiar, relaciones afectivas y maternidad)* recogía como objetivo 6 el de «Garantizar el derecho de las mujeres con discapacidad al libre desarrollo de la maternidad», para cuya consecución se proponía la facilitación del acceso a los sistemas de reproducción asistida, sensibilizando a las/los profesionales implicados en el proceso y haciendo accesible el propio sistema (6.8).

A su vez, también los donantes habrán de tener más de dieciocho años y plena capacidad de obrar (art. 5.6 de la LTRHA). Este último requisito, junto a que dicho consentimiento se configure como personalísimo —pues para ser donantes de gametos y preembriones no se necesita más consentimiento que el del propio donante, de modo que si este fuera casado o unido en pareja de hecho no será preciso el de su cónyuge o compañero sentimental (a diferencia de las receptoras o usuarias)—, implicará que no sea posible una representación ni complemento de capacidad, ni sustitución por autorización judicial, por lo que quedarán excluidos como donantes los incapacitados, sin que quepa tampoco aquí una prestación del consentimiento por representación.

En relación con los supuestos de investigación con preembriones, entre otros requisitos que contempla el artículo 15.1 de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida, para que se autorice dicha investigación o experimentación será precisa la concurrencia de consentimiento escrito de la pareja[27] o, en su caso, de la mujer, previa explicación pormenorizada de los fines de la investigación y sus implicaciones; y tanto la información previa sobre los fines e implicaciones de la investigación como el consentimiento prestado por parte de la pareja o

mujer, en línea con los otros contemplados por la Ley, deberán realizarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad. Ha de tenerse en cuenta que se trata de un consentimiento específico para destinar los preembriones a la investigación, por lo que no será el mismo que el que la mujer o pareja ya prestaron en el momento de acceder a la aplicación de las técnicas: es un nuevo consentimiento que han de otorgar para esta finalidad, sin que pueda entenderse incluido en aquel. Nuevamente, se tratará de consentimientos personalísimos en que no cabe prestación por representación.

Por otra parte, los centros o servicios de reproducción asistida precisarán, además de la autorización genérica como centro sanitario, de una específica para la práctica de estas técnicas, y conforme al artículo 4.2 de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida, dicha autorización se subordinará al cumplimiento de la normativa dirigida a garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad. Esa *accesibilidad* será la física a las instalaciones de los centros donde se practiquen estas técnicas, pues la accesibilidad general de los discapacitados a las técnicas ya se contempla en la «garantía de no discriminación de las personas con discapacidad» de la Disposición Adicional 5.ª, en el sentido de que, conforme a la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, estas gozarán de los derechos y facultades reconocidos en la Ley de técnicas de reproducción asistida, no pudiendo ser discriminadas por razón de discapacidad en el acceso y utilización de las mismas, y debiéndoseles prestar la información y el asesoramiento en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades. Por otra parte, así resulta de la justificación de las enmiendas de donde proviene este inciso final: «*Materializar en este ámbito los mandatos del artículo 49 de la Constitución Española y de la Ley 51/2003 (…), a fin de que las personas con discapacidad vean garantizado sin discriminaciones su derecho al acceso a los centros y servicios relacionados con la reproducción asistida*»[28], con lo que esta no sería más que una especificación de las «*medidas concretas para prevenir o suprimir discriminaciones, y para compensar desventajas o dificultades*» en relación con las «*exigencias de accesibilidad de los edificios y entornos, de los instrumentos, equipos y tecnologías, y de los bienes y productos utilizados en el sector o área. En particular, la supresión de barreras a las instalaciones y la adaptación de equipos e instrumentos*» a que se refiere el artículo 10.2.*a)* de la citada Ley 51/2003.

V. REALIZACIÓN DE ENSAYOS CLÍNICOS E INVESTIGACIONES BIOMÉDICAS

En el ámbito de los ensayos clínicos con medicamentos, la norma reguladora es el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, que vino a desarrollar la Ley del Medicamento (hoy sustituida por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; en este punto, su art. 60.4.II). En relación con los incapacitados, su artículo 5 —que asume el contenido del art. 17.1 del Convenio de Oviedo— establece que, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones generales establecidas en el artículo 3 (postulados éticos), solo se podrán realizar ensayos clínicos en adultos que no estén en condiciones de dar su consentimiento informado y que no lo hayan dado con anterioridad al comienzo de su incapacidad cuando, además, los ensayos sean de interés específico para la población que se investiga, dicha investigación sea esencial para validar datos procedentes de ensayos clínicos efectuados en personas capaces de otorgar su consentimiento informado u obtenidos por otros medios de investigación y guarde relación directa con alguna enfermedad que padezca el adulto incapaz, y esta le debilite o ponga en peligro su vida; el bienestar del sujeto prevalezca sobre los intereses de la ciencia y de la sociedad, y existan datos que permitan prever que reporta algún beneficio al paciente que prevalezca sobre los riesgos o no produzca ningún riesgo; el consentimiento informado se ajuste a lo requerido por la propia norma, y que, en todo caso, los sujetos no se hayan negado a dar su consentimiento informado con anterioridad al comienzo de su incapacidad; y el protocolo sea aprobado por un Comité Ético de Investigación Clínica que cuente con expertos en la enfermedad en cuestión o que haya recabado asesoramiento de este tipo de expertos sobre las cuestiones clínicas, éticas y psicosociales en el ámbito de la enfermedad y del grupo de pacientes afectado.

Si los ensayos clínicos no tuvieran un beneficio potencial directo para la salud de los sujetos participantes, el artículo 6 —conforme al art. 17.2 del Convenio de Oviedo— exige no solo que el riesgo que estos sujetos asuman esté justificado en razón del beneficio esperado para la colectividad, sino que además el Comité Ético de Investigación Clínica considere que se adoptan las medidas necesarias para garantizar que el riesgo sea mínimo, que las intervenciones a que van a ser sometidos los sujetos del ensayo son equiparables a las que corresponden a la práctica médica habitual en función de su situación médica, psicológica o social; que del ensayo se pueden obtener conocimientos relevantes sobre la enfermedad o situación objeto de investigación, de vital importancia para entenderla, paliarla o curarla; que estos conocimientos no pueden ser obtenidos de otro modo, y que existen garantías sobre la correcta obtención del consentimiento informado.

En todo caso, la realización de los ensayos clínicos requerirá la prestación del consentimiento informado del interesado, y en caso de que este sea un adulto sin capacidad para otorgar su consentimiento informado, conforme al artículo 7.3.*b),* deberá obtenerse el de su representante legal, tras haber sido informado sobre los posibles riesgos, incomodidades y beneficios del ensayo, y reflejándose la presunta voluntad del sujeto. No obstante, cuando las condiciones del sujeto lo permitan, deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo, después de haber recibido toda la información pertinente adaptada a su nivel de entendimiento, debiéndose tener en cuenta por el investigador en este caso la voluntad de la persona incapaz de retirarse del ensayo.

En ambos casos, el consentimiento podrá ser retirado sin expresión de causa en cualquier momento, sin que por ello se derive para el sujeto participante responsabilidad ni perjuicio alguno (art. 7.5).

No obstante, si el ensayo clínico tuviera un interés específico para la población en la que se realiza la investigación y lo justifiquen razones de necesidad en la administración del medicamento en investigación, podrá someterse al sujeto a un ensayo clínico sin obtener el consentimiento previo si existe un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del sujeto, se carece de una alternativa terapéutica apropiada en la práctica clínica y no fuera posible obtener su consentimiento o el de su representante legal; pero, siempre que las circunstancias lo permitan, se contempla nuevamente que se consultará previamente a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. Si el sujeto no es capaz para tomar decisiones debido a su estado físico o psíquico y carece de representante legal, será prestado el consentimiento por las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

En ambos casos, esta eventualidad y la forma en que se procederá debe hallarse prevista en la documentación del ensayo aprobada por el Comité Ético de Investigación Clínica, y el sujeto o su representante legal será informado en cuanto sea posible y deberá otorgar su consentimiento para continuar en el ensayo si procediera.

Como vemos, la consulta o el consentimiento de las personas próximas al sujeto tiene un valor meramente provisional, para iniciar el ensayo y solo si no fuera posible obtener el consentimiento del representante legal (y, claro está, no se haya producido una negativa), debiéndosele informar tan pronto sea posible y debiéndose obtener su consentimiento (por representación) para la continuación del ensayo.

En el ámbito general de las investigaciones biomédicas, la Ley de Investigación biomédica contiene una regulación bastante parecida a la del Real Decreto 223/2004. Su artículo 4.1 establece que quien vaya a participar en una de ellas o que puedan aportar sus muestras biológicas habrá de consentir tras recibir la información adecuada, que se prestará a las personas con discapacidad en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades. De modo similar

al sistema general de la Ley de Autonomía del Paciente, en el artículo 4.2 de la Ley de Investigación biomédica se contempla que en el caso de incapacitados, siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación, se otorgará el consentimiento por representación, de forma proporcionada a la investigación a desarrollar y con respeto a la dignidad de la persona y en beneficio de su salud, y con su participación en la medida de lo posible y según su edad y capacidades en la toma de decisiones a lo largo del proceso de investigación. Por tanto, nuevamente se atenderá prioritariamente a la capacidad natural.

No obstante, ese consentimiento por representación solo permitirá investigaciones limitadas. Conforme al artículo 20.1 de la Ley de Investigación biomédica, que a su vez asume nuevamente la regulación del artículo 17.1 del Convenio de Oviedo, en los casos en que, en atención a su grado de discernimiento, la resolución judicial de incapacitación no autorice al incapacitado para prestar su consentimiento a la investigación, esta quedará subordinada a que sus resultados puedan producir beneficios reales o directos para la salud de aquel, no se pueda realizar una investigación de eficacia comparable en individuos capaces de otorgar su consentimiento; quien vaya a participar en la investigación haya sido informado por escrito de sus derechos y de los límites prescritos para su protección, a menos que no esté en situación de recibir la información; sus representantes legales hayan prestado su consentimiento por escrito[29], teniendo en cuenta los deseos u objeciones previamente expresados por la persona afectada, y se haya actuado conforme a lo previsto en el artículo 4.1.

Cabrá la posibilidad de investigaciones que no vayan a producir resultados en beneficio directo para la salud de los incapacitados participantes (art. 20.2 de la Ley de Investigación biomédica, en línea con el art. 17.2 del Convenio de Oviedo), pero entonces la autorización será excepcional y siempre que, además de los requisitos anteriores, la investigación tenga el objeto de contribuir, a través de mejoras significativas en la comprensión de la enfermedad o condición del individuo, a un resultado beneficioso para otras personas de la misma edad o con la misma enfermedad o condición, en un plazo razonable; entrañe un riesgo y una carga de mínimos para el individuo participante, y la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal.

El artículo 21 de la Ley de investigación biomédica contempla una especialidad en el caso de realización de investigaciones en situaciones clínicas de emergencia, entendiendo por tales aquellas en que la persona implicada no se encuentre en condiciones de otorgar su consentimiento y, a causa de su estado y de la urgencia de la situación, sea imposible obtener a tiempo la autorización de sus representantes legales o, de carecer de ellos, de las personas que convivieran con aquel. En estos casos, de modo similar a lo anteriormente indicado, se requerirá que no sea posible realizar investigaciones de eficacia comparable en personas que no se encuentren en esa situación de emergencia; que en el caso de que no sea previsible que la investigación vaya a producir resultados beneficiosos

para la salud del paciente, tenga el propósito de contribuir a mejorar de forma significativa la comprensión de la enfermedad o condición del paciente, con el objetivo de beneficiar a otras personas con la misma enfermedad o condición, siempre que conlleve el mínimo riesgo e incomodidad para aquel; y que la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal, debiendo respetarse cualquier objeción expresada previamente por el paciente que sea conocida por el médico responsable de su asistencia, por el investigador o por el Comité de Ética de la Investigación correspondiente al centro. En todo caso, las personas que participen en la investigación o, en su caso, sus representantes legales, deberán ser informados a la mayor brevedad posible en los términos generales de la Ley, y se deberá solicitar el consentimiento para continuar participando en las investigaciones, en cuanto el paciente se halle en condiciones de prestarlo, lo que en el caso de incapacitados debe entenderse referido también a los representantes legales[30].

Para la donación de embriones o fetos humanos o de sus estructuras biológicas para la realización de investigaciones biomédicas, en el caso de que el donante estuviera incapacitado será necesario, *además* de su consentimiento expreso y escrito, el de sus representantes legales, debiendo haber sido todos ellos previamente informados por escrito de los fines de la donación, de sus consecuencias, de las intervenciones que se vayan a realizar para extraer células o estructuras embriológicas o fetales, de la placenta o las envolturas, y de los riesgos que pueden derivarse de dichas intervenciones. Si hubiera fallecido el donante, no deberá constar su oposición expresa y, en el caso de incapacitados, la de quienes ejercieran, en vida de aquellos, su representación legal[31] (art. 29.1 de la LIB).

En cualquier caso, la obtención de muestras biológicas de incapacitados con fines de investigación biomédica estará sometida a que se adopten las medidas necesarias para garantizar que el riesgo de la intervención sea mínimo para el sujeto fuente, que de la investigación se puedan obtener conocimientos relevantes sobre la enfermedad o situación objeto de investigación, de vital importancia para entenderla, paliarla o curarla; que estos conocimientos no puedan ser obtenidos de otro modo, y que se cuente con la autorización por parte de los representantes legales del incapacitado o que, en su caso, existan garantías sobre el correcto consentimiento de los sujetos fuente[32] (art. 58.5 de la LIB).

VI. REALIZACIÓN DE TRASPLANTES

Otra materia sanitaria importante, aunque no mencionada en el artículo 9.4 de la Ley de Autonomía del Paciente, es la de la realización de trasplantes, regulada respecto de los órganos por la Ley de Trasplantes de Órganos y el RTO, debiéndose distinguir entre los receptores y los donantes.

En cuanto a los primeros, el artículo 6.*c)* de la Ley de Trasplantes de Órganos contempla como requisito indirecto (en cuanto que lo es para que el responsable de la unidad médica en que haya de realizarse el trasplante dé su conformidad, que a su vez es requisito del trasplante) que el receptor exprese por escrito su consentimiento para la realización del trasplante cuando se trate de un adulto jurídicamente responsable de sus actos, o por sus representantes legales, padres o tutores, en caso de pacientes con déficit mental o menores de edad. Por tanto, en el caso de pacientes con déficit mental serán sus representantes legales quienes deban dar el consentimiento por representación, lo que cabe entender extensible analógicamente a los otros casos en que sufran algún tipo de discapacidad —no necesariamente déficit mental— que les haya sometido a incapacitación, por ejemplo, la situación duradera de coma, pues en tales casos claramente no cabe entender que estemos ante «un adulto jurídicamente responsable de sus actos». En cualquier caso, nuevamente ha de entenderse que, como ejercicio de un derecho de la personalidad que es, el papel del representante legal no será el de sustituir en todos los casos al incapacitado, sino que si este tiene suficiente capacidad natural será preciso el consentimiento de ambos, no existiendo realmente una representación sino una expresión del deber de velar por el tutelado (art. 269 del CC).

Respecto de los donantes, el artículo 4.*b)* y *c)* de la Ley de Trasplantes de Órganos [y asimismo el art. 9.1.*a), c)* y *d)* RTO] requiere que los donantes vivos gocen de *plenas facultades mentales* y hayan sido previamente informados de las consecuencias de su decisión, y otorguen su consentimiento de forma expresa, libre y *consciente*. Por tanto, quedaría excluida la posibilidad de que los incapacitados pudieran ser donantes vivos de órganos. En cualquier caso, tal exclusión se explicita y reafirma al establecerse que, a los efectos establecidos en esta Ley, no podrá obtenerse ningún tipo de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquiera otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente[33].

En cambio, salvo la existencia de contraindicaciones médicas, no parece que debiera haber obstáculo para que los incapacitados puedan servir como donantes *post mortem*. Recordemos que en el caso de fallecidos, la extracción de órganos u otras piezas anatómicas podrá realizarse, con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que aquellos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición, y las personas presumiblemente sanas que falleciesen en accidente o como consecuencia ulterior de este se considerarán, asimismo, como donantes, si no consta oposición expresa del fallecido, con autorización judicial (art. 5.2-3 de la LTO). Por *oposición* a estos efectos, dado que se refiere a algo tan personalísimo como la disposición *post mortem* sobre el propio cuerpo, parece que debería entenderse únicamente la del propio fallecido, aun siendo incapacitado, por lo que aunque el artículo 10.1.*a)*.II RTO establezca que cuando se trate de personas incapacitadas la oposición podrá hacerse constar

por quienes hubieran ostentado en vida de aquellos su representación legal, ha de tenerse presente que ello es únicamente para *hacerlo constar,* es decir, para transmitir los deseos contrarios que haya manifestado el incapacitado en vida, pero sin que quepa que el guardador pueda sustituirlos por su propia voluntad si aquel manifestó una voluntad favorable a la donación o no se pronunció en absoluto. No obstante, la práctica pone de relieve que suele atenderse por los servicios médicos también a la falta de oposición del representante legal y aun de los familiares próximos.

El trasplante de células y tejidos se regula por el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, cuyo artículo 7.1 exige la plena capacidad de obrar en el donante vivo y excluye expresamente que puedan serlo las «personas que por deficiencias psíquicas, enfermedad mental, incapacitación legal o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento», salvo respecto de los residuos quirúrgicos o de progenitores hematopoyéticos u otros tejidos o grupos celulares reproducibles cuya indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor, en cuyo caso el consentimiento será otorgado por quien ostente la representación legal.

Finalmente, en el caso de donantes fallecidos, en la línea que ya establecían la Ley de Trasplantes de Órganos y su Reglamento, conforme al artículo 8.1 del citado Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, podrán serlo los incapacitados, siempre que no hubieran dejado constancia expresa de su oposición (puntualizándose que habrá debido ser en un documento de voluntades previas, al remitirse al art. 11 de la LAP), aunque la oposición a la donación podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquellos su representación legal. Cabe reiterar las observaciones realizadas anteriormente, a lo que cabe añadir la defectuosa redacción de las expresiones «personas incapaces de consentir», que no es sinónima de incapacitados judicialmente (pensemos en quien acaba de sufrir un accidente que le hace entrar en coma), y «quienes hubieran ostentado en vida de aquellos su representación legal» (¿se refiere a los que efectivamente lo hayan sido, en cuyo caso el modo verbal es erróneo, o a los que hipotéticamente lo hubieran sido de haberse instado una incapacitación que puede no haberse llegado a producir, en cuyo caso podemos perdernos en los vericuetos de la hipótesis para denegar la donación por alguien que realmente no llegó a tener potestad ninguna sobre el fallecido?).

VII. CONCLUSIONES

I. Debe distinguirse claramente entre personas con discapacidad e incapacitados, pues en principio todos los incapacitados tendrán algún tipo de discapacidad, pero obviamente no todas las personas con discapacidad han de ser incapacitadas, pues no en todas ellas su grado de discapacidad les impedirá «gobernarse por sí mismas».

Serán los incapacitados quienes deban someterse a un sistema de guarda legal para su guarda y protección, que se encauzará a través de las instituciones de la tutela, la curatela y el defensor judicial. Aparecen así los guardadores legales, figura cuya intervención, en relación con la aplicación de las actuaciones sanitarias a los incapacitados cuya guarda ejercen, nos planteamos en este trabajo.

II. El actual sistema de intervenciones sanitarias parte de la necesidad de un *consentimiento informado* prestado libre y voluntariamente por el paciente sobre cuya salud se van a realizar, una vez que, recibida la información asistencial sobre la misma, haya valorado las opciones del caso.

No obstante, ese consentimiento puede darse por representación, y entre los casos en que cabe esa posibilidad está precisamente el del paciente incapacitado legalmente. En tales supuestos, el paciente incapacitado cuenta con un representante legal, siéndolo su guardador, en concreto el tutor. Sin embargo, aun los guardadores de hecho podrán actuar como representantes legales en este ámbito, cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación: si el paciente carece de representante legal podrá prestarse el consentimiento por representación por parte de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

De este modo, si el incapacitado cuenta con un guardador que sea su representante legal, habrá de ser este quien otorgue el consentimiento y a quien deba de informarse, en vez de o junto al paciente incapacitado (dependiendo de su capacidad de entendimiento y voluntad), pero siempre de modo adecuado a las circunstancias y proporcionado a las necesidades que haya que atender, en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal, y con su participación en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario, y siempre que redunde en su beneficio directo.

Ello implicará que deba distinguirse entre los incapacitados capaces naturalmente de entender, y los que no lo sean. Cuando su capacidad natural lo permita, ha de reconocérseles la posibilidad de prestar consentimiento personalmente, pero sin que ello implique la exclusión de dichos representantes legales, que deberán prestar *también* su consentimiento como manifestación del deber de velar por él. En caso de discrepancia entre el incapacitado y su guardador sobre la oportunidad de la actuación médica, queda la posibilidad de acudir a la autorización judicial como única vía para la realización de prácticas médicas cuya omisión pudiera provocar al incapacitado un peligro o perjuicios y que sean contrarias a la voluntad de cualquiera de ellos.

En cambio, por los incapacitados que carezcan de capacidad natural o que de hecho no puedan manifestar su voluntad sobre la intervención médica, habrá de entenderse que serán sus representantes legales quienes deban ser informados y emitir el correspondiente consentimiento respecto de la realización del acto médico, aunque esa prestación de consentimiento habrá de ser en todo momento

adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal, y dándole participación en la medida de lo posible; y únicamente en caso de no poderse localizar a esos representantes legales se acudirá a «las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho». Exclusivamente en los casos de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo podrá el propio médico adoptar las medidas que estime más adecuadas, consultando cuando las circunstancias lo permitan a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

Junto a esta regulación general, contemplada en la Ley de Autonomía del Paciente, existen regulaciones específicas en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida. Asimismo, el Código Civil de Cataluña recoge una regulación propia en relación con la «autonomía de la persona en el ámbito de la salud», y el consentimiento informado es igualmente contemplado por diversas leyes autonómicas de ordenación sanitaria.

IV. En relación con la interrupción voluntaria del embarazo, se requiere el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, *en su caso,* del representante legal, pudiendo prescindirse del consentimiento expreso cuando exista un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la paciente y no sea posible conseguir su autorización (debe entenderse la del representante legal), consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. De este modo, en relación con las mujeres incapacitadas, no se presenta realmente ninguna especialidad respecto de la regulación general. Por tanto, salvo en los supuestos de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la paciente en que no sea posible conseguir la autorización del representante legal, deberá ser este quien preste su consentimiento expreso y por escrito a la interrupción voluntaria del embarazo de la incapacitada, por representación de esta, aunque la misma participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones.

En cambio, respecto de la esterilización de incapacitados, se excluye la posibilidad de consentimiento del incapacitado sin que sea tampoco suficiente el del representante legal, que deberá solicitar la autorización judicial para la esterilización salvo que la sentencia de incapacitación ya la admitiera.

V. En el ámbito de los ensayos clínicos con medicamentos, de ser el interesado un adulto sin capacidad para otorgar su consentimiento informado deberá obtenerse el de su representante legal, tras haber sido informado sobre los posibles riesgos, incomodidades y beneficios del ensayo, y reflejándose la presunta voluntad del sujeto. Cuando las condiciones del sujeto lo permitan, deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo, después de haber recibido toda la información pertinente adaptada a su nivel de entendimiento, debiéndose tener en cuenta por el investigador en este caso la voluntad de la persona incapaz de retirarse del ensayo.

No obstante, si el ensayo clínico tuviera un interés específico para la población en la que se realiza la investigación y lo justifiquen razones de necesidad en la administración del medicamento en investigación, podrá someterse a un sujeto a un ensayo clínico sin obtener el consentimiento previo si existe un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del sujeto, se carece de una alternativa terapéutica apropiada en la práctica clínica y no fuera posible obtener su consentimiento o el de su representante legal; pero, siempre que las circunstancias lo permitan, se consultará previamente a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. Si el sujeto no es capaz para tomar decisiones debido a su estado físico o psíquico y carece de representante legal, será prestado el consentimiento por las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. Sin embargo, esta consulta o consentimiento de las personas próximas al sujeto tiene un valor meramente provisional, para iniciar el ensayo y solo si no fuera posible obtener el consentimiento del representante legal, debiéndosele informar tan pronto sea posible y debiéndose obtener su consentimiento (por representación) para la continuación del ensayo.

En el ámbito general de las investigaciones biomédicas, quien vaya a participar en una de ellas o que puedan aportar sus muestras biológicas habrá de consentir tras recibir la información adecuada, que se prestará a las personas con discapacidad en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades. En el caso de incapacitados, siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación, se otorgará el consentimiento por representación, de forma proporcionada a la investigación a desarrollar y con respeto a la dignidad de la persona y en beneficio de su salud, y con su participación en la medida de lo posible y según su edad y capacidades en la toma de decisiones a lo largo del proceso de investigación. No obstante, ese consentimiento por representación solo permitirá investigaciones limitadas.

Se contempla una especialidad en el caso de investigaciones en situaciones clínicas de emergencia, es decir, cuando la persona implicada no se encuentre en condiciones de otorgar su consentimiento y, a causa de su estado y de la urgencia de la situación, sea imposible obtener a tiempo la autorización de sus representantes legales o, de carecer de ellos, de las personas que convivieran con aquel. En todo caso, las personas que participen en la investigación o, en su caso, sus representantes legales, deberán ser informados a la mayor brevedad posible, y se deberá solicitar el consentimiento para continuar participando en las investigaciones, en cuanto el paciente se halle en condiciones de prestarlo, lo que en el caso de incapacitados debe entenderse referido también a los representantes legales.

Para la donación de embriones o fetos humanos o de sus estructuras biológicas para la realización de investigaciones biomédicas, en el caso de que el donante estuviera incapacitado será necesario, *además* de su consentimiento expreso y escrito, el de sus representantes legales, debiendo haber sido todos ellos previamente informados por escrito de los fines de la donación, de sus

consecuencias, de las intervenciones que se vayan a realizar, y de los riesgos que pueden derivarse de las mismas. Si hubiera fallecido el donante, no deberá constar su oposición expresa y, en el caso de incapacitados, la de quienes ejercieran, en vida de aquellos, su representación legal.

En cualquier caso, la obtención de muestras biológicas de incapacitados con fines de investigación biomédica estará sometida a que se cuente con la autorización por parte de los representantes legales del incapacitado o que, en su caso, existan garantías sobre el correcto consentimiento de los sujetos fuente.

VI. Para la realización de trasplantes, en caso de que el receptor no sea «un adulto jurídicamente responsable de sus actos» serán sus representantes legales quienes deban dar el consentimiento por representación. En cualquier caso, nuevamente el papel del representante legal no será el de sustituir en todos los casos al incapacitado, sino que si este tiene suficiente capacidad natural será preciso el consentimiento de ambos, no existiendo realmente una representación sino una expresión del deber de velar por el tutelado.

Respecto de los donantes, queda excluida la posibilidad de que los incapacitados pudieran ser donantes vivos de órganos.

En cambio, salvo la existencia de contraindicaciones médicas, no parece que debiera haber obstáculo para que los incapacitados puedan servir como donantes *post mortem,* en el caso de que aquellos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición. Cuando se trate de personas incapacitadas la oposición podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquellos su representación legal, pero ello es únicamente para *hacerlo constar,* sin que quepa que el guardador pueda sustituirlos por su propia voluntad si aquel manifestó una voluntad favorable a la donación o no se pronunció en absoluto.

Para el trasplante de células y tejidos se exige la plena capacidad de obrar en el donante vivo, salvo respecto de los residuos quirúrgicos o de progenitores hematopoyéticos u otros tejidos o grupos celulares reproducibles cuya indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor, en cuyo caso el consentimiento será otorgado por quien ostente la representación legal. En el caso de donantes fallecidos, podrán serlo los incapacitados, siempre que no hubieran dejado constancia expresa de su oposición en documento de voluntades previas, aunque la oposición a la donación podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquellos su representación legal.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, Manuel: «El consentimiento informado en medicina y cirugía», en *ARAJL,* núm. 31, 2001, págs. 309-335.

CIDDM-2, Borrador final, versión completa (WHO/EIP/GPE/CAS/CIDDM-2/01.1). OMS, 2001.

DE CASTRO, Federico: *Derecho Civil de España. Parte general.* T. 2, parte 1.ª, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen: «La actual concepción del consentimiento informado del paciente como acto de ejercicio de sus derechos fundamentales. Principales consecuencias jurídicas y prácticas», en *BFD UNED,* núm. 23, 2003, págs. 143-179.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: *La protección civil del enfermo mental no incapacitado,* J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: «Unas reflexiones sobre la nueva Ley de técnicas de reproducción humana asistida de 2006», en *RGLJ,* III Época, núm. 4/2008, octubre-diciembre de 2008, págs. 639-698.

— *La reproducción asistida y su régimen jurídico,* Ed. Reus, Madrid, 2012.

LASARTE, Carlos: *Derecho de Familia*, *Principios de Derecho Civil, VI*, 12.ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

MAYOR FERNÁNDEZ, David: «La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006», en *BIMJ* [en línea], núm. 2133, disponible en h://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292345277365?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content- Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DJORNADA_MAYOR.pdf&blobheadervalue2=1288775143583.

PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles: «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», en *Aranzadi Civil,* núm. 2/2003, págs. 1901-1930.

PÉREZ MONGE, Marina: «Límites a la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Reflexión a propósito del auto del Juzgado de Primera Instancia, número 13 de Valencia, de 13 de mayo de 2003», en *ADC,* T. LVII-I, enero-marzo de 2004, págs. 184-186.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis: «La reproducción asistida en mujeres solas y en pareja homosexual», en DÍAZ MARTÍNEZ, Ana (coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas,* Ed. Dykinson, Madrid, 2006, págs. 121-153.

NOTAS

[1] Terminología esta que habría de revisarse para adaptarla a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (a la que, en lo sucesivo, mencionaremos como «Convención de Nueva York»). No obstante, dado que es la tradicionalmente empleada y la actualmente vigente, será la que utilicemos también en este trabajo.

[2] Recordemos que además, como situaciones asimilables previstas en los artículos 171 del Código Civil, 236-33 y 236-34 del Código Civil de Cataluña, y 41-42 CDFA, existen la patria potestad prorrogada, cuando se produce la incapacitación de un menor de edad y tras su llegada a la mayoría de edad, y la patria potestad rehabilitada, cuando el hijo mayor de edad soltero que viva en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuera incapacitado.

[3] En tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal, pudiendo nombrarse judicialmente un administrador de sus bienes (arts. 299 bis CC y 132 CDFA).

[4] Cfr. DE CASTRO, Federico, *Derecho Civil de España. Parte general,* T. 2, parte 1.ª, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, págs. 48-49.

[5] Así, su artículo 12.4 obliga a que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica (es decir, el equivalente a nuestro concepto de capacidad de obrar) sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.

[6] Cfr. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado,* J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992, pág. 48.

[7] Cfr. MAYOR FERNÁNDEZ, David, «La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006», en *BIMJ,* núm. 2133, pág. 7.

[8] Además, podemos encontrarnos con situaciones fácticas en que incapaces aún no incapacitados judicialmente estén bajo la protección de guardadores de hecho. No obstante, dado que en este trabajo nos referimos a incapacitados y guardadores legales, haremos meras referencias incidentales al guardador de hecho, que solo podría ser considerado como verdadero representante legal en el Derecho aragonés y respecto de los bienes del incapaz (art. 159.1 CDFA).

[9] No obstante, se exceptúan las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente cuando haya un riesgo para la salud pública por razones sanitarias legales, o un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización (art. 9.2 LAP).

[10] Critica esa expresión M.ª Ángeles PARRA LUCÁN (en «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», en *Aranzadi Civil*, núm. 2/2003, pág. 1907), puesto que trata como consentimiento por representación actos de ejercicio de derechos de la personalidad: la decisión, en realidad, se adopta en el cumplimiento de los deberes de guarda y protección que incumben a padres o tutores.

[11] Este precepto, no obstante, excluye de la representación legal los actos que pueda realizar el tutelado de acuerdo con su capacidad natural, lo que puede plantear el problema de cuál sea dicha capacidad en cada momento.

[12] La ambigüedad de la expresión, como ya lo era la de «familiares o personas a él allegadas» que anteriormente utilizaba el artículo 10.6.*b)* LGS (hoy derogado), ha sido objeto de crítica por la doctrina, pues no se precisa cuál deba ser el parentesco y finalmente deberá consentir quien esté en la relación afectiva más próxima al paciente. Cfr. ALONSO OLEA, Manuel, «El consentimiento informado en medicina y cirugía», en *ARAJL*, núm. 31, 2001, págs. 309-335; y GARCÍA GARNICA, María del Carmen, «La actual concepción del consentimiento informado del paciente como acto de ejercicio de sus derechos fundamentales. Principales consecuencias jurídicas y prácticas», en *BFD UNED*, núm. 23, 2003, pág. 152.

En todo caso, debe entenderse que esa llamada a las personas vinculadas por razones familiares o de hecho es subsidiaria, únicamente para cuando no exista representante legal o la urgencia del caso no permita demorar la intervención a la obtención de su consentimiento pues, como veremos, el derecho a ser informado y la prestación del consentimiento deberán ser ejercitados por dicho representante legal con preferencia y exclusión de cualquier otra persona. Cfr. GARCÍA GARNICA, «La actual concepción…», *op. cit.,* pág. 169.

[13] Ha de entenderse siempre que el propio paciente no hubiera manifestado previamente su voluntad antes de resultar afectado por la discapacidad incapacitante, a través de un documento de voluntades anticipadas o *testamento vital*, en cuyo caso habrá de estarse preferentemente a lo manifestado por el propio paciente cuando tenía plena capacidad (vid., en ese sentido, los arts. 9 del Convenio de Oviedo, 11 LAP y 212-1 CCC); en cambio, no podrá otorgarlo una vez incapacitado, pues para ello se requiere una capacidad reforzada (el art. 11.2 LAP requiere que se emita por «una persona mayor de edad, capaz y libre»). Sobre este documento, cfr. JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, «Una aproximación a la regulación española del documento de voluntades anticipadas o "testamento vital"», en *La Ley*, T. 2010-1, págs. 1868-1877; REQUERO IBÁÑEZ, José Luis, «El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español», en *La Ley*, T. 2002-4, págs. 1899-1904; y TUR FAÚNDEZ, M.ª Nélida, «El documento de Instrucciones Previas o Testamento Vital. Régimen Jurídico», en GONZÁLEZ PORRAS, J. M.

y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, T. II, Colegio de Registradores/Universidad de Murcia, Murcia, 2004, págs. 4865-4885 (también en *Aranzadi Civil*, núm. 10/2004, págs. 1955-1984).

[14] Lo que implica que habrá de tenerse en cuenta preferentemente los intereses del paciente y cuáles podrían ser sus deseos, por encima de los del guardador y aun contra sus creencias morales, ideológicas o religiosas, lo que se ha puesto de manifiesto en relación con las transfusiones de sangre a testigos de Jehová. Cfr. ALONSO OLEA, «El consentimiento informado…», *op. cit.,* págs. 318-319.

[15] El artículo 7 del convenio especifica además que quien sufra un trastorno mental grave solo podrá ser sometido sin su consentimiento a tratamientos cuando la ausencia de este tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso.

[16] Cfr. GARCÍA GARNICA, «La actual concepción…», *op. cit.,* pág. 168; y PARRA, «La capacidad del paciente…», *op. cit.,* pág. 1910.

[17] Cfr. GARCÍA GARNICA, «La actual concepción…», *op. cit.,* págs. 162-179; y PARRA, «La capacidad del paciente…», *op. cit.,* págs. 1904 y 1912-1913.

[18] La DF 2.ª, LO 2/2010, modificó el artículo 9.4 LAP en el sentido de eliminar la referencia inicialmente contenida en él a la interrupción voluntaria del embarazo, conteniendo dicha LO, en sí misma, una previsión sobre el consentimiento en los casos de incapacitados. Por ello, sigue siendo precisa una referencia a este punto.

[19] Lo que no deja de suscitar dudas sobre la competencia de las Comunidades Autónomas, en especial de aquellas que no cuentan con Derecho Foral propio, para legislar sobre la capacidad de las personas, en este caso para prestar el consentimiento informado. Cfr. PARRA, «La capacidad del paciente…», *op. cit.,* págs. 1904, 1906-1908 y 1915.

[20] Cfr. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, «La reproducción asistida en mujeres solas y en pareja homosexual», en DÍAZ MARTÍNEZ, Ana (coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas,* Ed. Dykinson, Madrid, 2006, pág. 146.

[21] Hemos de destacar que se consideró existente una separación de hecho a estos solos efectos en el caso de una esposa cuyo cónyuge estaba en coma, e incapaz por tanto de dar consentimiento alguno a la realización de estas prácticas, en el AJPI número 13 de Valencia, de 13 de mayo de 2003, autorizándose la inseminación artificial con semen de donante y estableciéndose que la filiación se determinará únicamente respecto de la madre. Cfr. PÉREZ MONGE, Marina, «Límites a la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Reflexión a propósito del auto del Juzgado de Primera Instancia, número 13 de Valencia, de 13 de mayo de 2003», en *ADC*, T. LVII-I, enero-marzo de 2004, págs. 184-186. En cambio, lo que no cabría en estos casos sería recurrir al semen del marido (extrayéndoselo o recurriendo al depositado respecto del que no exista consentimiento de aquel para su utilización en estas técnicas), pues es preciso su consentimiento en todo caso (incluso *post mortem*), ni mucho menos pretender emplearlo con exclusión de efectos filiativos, puesto que no se trata de un ámbito disponible a la autonomía de la voluntad de la mujer, sino regido por cuestiones de orden público e interés del menor, y la filiación es irrenunciable (cfr. AAP de La Coruña —Sección 4.ª— 82/2000, de 3 de noviembre de 2000; y PÉREZ MONGE, «Límites a la utilización…», *op. cit.,* págs. 187-189 y 207-208).

[22] No obstante, la práctica pone de manifiesto que los centros frecuentemente prescinden de exigir esa prueba, siendo suficiente la declaración, en tal sentido, de la potencial usuaria, por lo que sería relativamente sencillo que una mujer casada manifestara no serlo y accediera a las técnicas de reproducción asistida, omitiendo el consentimiento de su marido (o incluso contra su voluntad). En tales casos, como veremos, el marido podrá impugnar la filiación que se le atribuya en virtud de la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil y el centro será responsable de los daños que pudiera sufrir, además de incurrir —en caso de ser consciente del estado de casada de la usuaria, o concurrir negligencia en su apreciación— en infracción grave [art. 26.*b)*.3.ª LTRHA].

[23] Como vemos, en los casos de parejas no matrimoniales, en cambio, no se precisa el consentimiento del compañero sentimental de la mujer no casada (o separada) para poder acudir a estas técnicas, aunque su existencia o no determinará unas distintas consecuencias en relación con la filiación del hijo fruto de la fecundación artificial.

[24] Vid. artículo 234.2.º del Código Civil.

[25] Vid. el caso del AJPI número 13 de Valencia, de 13 de mayo de 2003, mencionado *supra* en la nota 21.

[26] Han de recordarse las modificaciones realizadas en la LTRHA por la Ley 26/2011 (art. 8), en el sentido de que las distintas informaciones y consentimientos de los interesados que contempla la LTRHA (donantes de gametos, usuarias de las técnicas, maridos de dichas usuarias…) deberán realizarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

[27] En el mismo sentido, vid. el artículo 12.1.*c)* del Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo.

[28] Vid. enmiendas números 2, de doña María Olaia Fernández Dávila (Grupo Parlamentario Mixto); 20 del Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds; y 31 del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC) (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 39-8, de 28-9-2005, que no fueron aceptadas en el informe de la ponencia. No obstante, fueron retomadas en el Senado, con idéntica justificación, en la enmienda número 3 del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV) [BOCG, Senado, núm. II-44-*c),* de 22-3-2006], que sí pasó al texto definitivo aprobado.

[29] Lo cual es una reiteración de lo ya dicho en el artículo 4.2 LIB.

[30] De otro modo, en el caso de una discapacidad psíquica severa, una lectura literal de la Ley implicaría que al representante legal solo debería informársele, pero sin ser necesario su consentimiento para continuar con la participación en la investigación (que podría mantenerse aun contra su voluntad), mientras que el consentimiento del afectado, que no puede considerarse como consistente, sería el teóricamente determinante de la continuación de la investigación.

[31] No obstante, no cabe entender que la voluntad del representante legal pueda prevalecer sobre la del donante si este la hubiera manifestado, de modo que pueda hacerse valer una voluntad favorable en contra de la oposición del donante manifestada en vida. Más bien parece que debe interpretarse en el sentido de que no haya oposición manifestada ni por el donante ni ahora por el representante legal.

[32] Como vemos, de nuevo se atiende preferentemente a la capacidad natural del interesado, que podrá autorizar —al margen de su representante legal— la continuación de las investigaciones. No obstante, dado que ello puede prestarse a *captaciones de voluntad* del incapacitado por el equipo investigador, eludiendo el control del guardador, parece que debería entenderse que dicha autorización de la persona incapacitada no sería suficiente contra una oposición expresa de aquel.

[33] Como vemos, se establece una regulación aún más restrictiva que la del Convenio de Oviedo, cuyo artículo 20.2, como excepción a la prohibición del 20.1, establece que podrá autorizarse la extracción de tejidos regenerables si no se dispone de un donante compatible capaz de prestar su consentimiento, el receptor es hermano o hermana del donante, la donación es para preservar la vida del receptor, se ha dado específicamente y por escrito la autorización del representante legal y el donante potencial no expresa su rechazo a la misma.

(Trabajo recibido el 7-5-2013 y aceptado para su publicación el 18-6-2013)

La tutela ejercida por persona jurídica. Algunas ideas para su reforma*

Guardianship by a legal entity. Some guidelines for its reform

por

ANTONIO LEGERÉN MOLINA
Profesor contratado Doctor en el área de Derecho Civil de la Universidad de A Coruña

RESUMEN: La actual normativa relativa a la tutela ejercida por persona jurídica ha de ser completada para dar respuesta a los problemas que la creciente aplicación práctica de tal figura ha generado. A la vez precisa ser adaptada al contenido de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006. Ante tal necesidad de reforma, el presente artículo pretende dar una serie de orientaciones o propuestas que pueden servir de guía para llevar a cabo tal tarea.

ABSTRACT: The current rules on guardianship exercised by a legal entity must be completed to address the problems its increasing practical application has generated. At the same time needs to be adapted to the content of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006). Given this need for reform, this paper aims to provide a set of guidelines or proposals that may be a guidance to carry out that task.

* Este artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación del MICINN titulado «La tensión entre la promoción de la autonomía personal y la necesidad de instrumentos de salvaguardia de la persona con discapacidad: a la búsqueda del equilibrio necesario» (DER2010-17383 *JURI),* cuyo investigador principal es el doctor Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ.

PALABRAS CLAVE: Tutela. Persona jurídica. Reforma.

KEY WORS: Guardianship. Legal entity. Reform.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN COMPLETA: EN PARTICULAR, EL DESARROLLO NORMATIVO DEL ARTÍCULO 239.3 DEL CÓDIGO CIVIL.—3. MANTENIMIENTO DE LA «TUTELA DE AUTORIDAD» PERO CON UNA MAYOR DELIMITACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ.—4. INTRODUCCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA ENTRE LAS PREFERIDAS PARA EL CARGO DE TUTOR Y EL TRASPASO DEL CARGO POR EL JUEZ.—5. REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LAS CAUSAS DE EXCUSA E INHABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA.—6. LOS DELEGADOS TUTELARES.—7. INCORPORACIÓN DE LA FIGURA DE LA PRETUTELA.—8. CONVENIENCIA DE LA DECLARACIÓN EXPRESA DEL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA TUTELA EJERCIDA POR LA ENTIDAD PÚBLICA.—9. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LA ENTIDAD TUTELAR.—10. OTRAS CUESTIONES.

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de la tutela ordinaria ejercida por persona jurídica, tres momentos han revestido una especial relevancia: la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, la Consulta 2/1998, de 3 de abril, de la Fiscalía General del Estado sobre la asunción de la tutela por personas jurídico-públicas y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.

La importancia del primero de los tres momentos señalados reside en que por medio de la Ley 13/1983 se dio entrada en el ordenamiento jurídico español a la posibilidad de que la tutela se ejerza por una persona jurídica[1]. De este modo, el Derecho español se aproximó a otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno que ya permitían nombrar como tutor a entes de tal clase[2]. Hasta entonces el cargo de tutor únicamente podía recaer sobre las personas físicas[3]. El artículo 242 del Código Civil fue el precepto que introdujo la, entonces, novedosa posibilidad, a cuyo tenor: *«también podrán ser tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre sus fines estén la protección de los menores e incapacitados».* Al margen de las variadas cuestiones que se derivan de dicho precepto —cuyo examen excede del presente trabajo—, ha de señalarse que, quizá por falta de previsión, el legislador únicamente hizo referencia expresa a la posibilidad que acababa de introducir en otros tres pre-

ceptos del Código Civil. Es decir, toda la regulación que el legislador dedicó a la tutela por persona jurídica venía constituida por el ya transcrito artículo 242 del Código Civil, por el artículo 251 del Código Civil, que recoge la excusa que se puede presentar para eludir el surgimiento o la continuación en el ejercicio del cargo de tutor[4], el confuso artículo 254 del Código Civil[5] y la referencia contenida en el artículo 260 del mismo cuerpo legal, que releva a la persona jurídica de carácter público de la obligación de prestar fianza[6]. Según se advierte, se trataba de una normativa muy escasa para regular un fenómeno que con el paso del tiempo ha ido cobrando mayor importancia.

Junto con el hecho de que la regulación sea escueta, también se advierte con facilidad que el resto del articulado dedicado a la tutela está centrado y vascula sobre las personas físicas[7]. Con todo, y a la espera del detallado análisis que en cada caso habrá de efectuarse, parece que el uso genérico del término *persona,* que se incluye en la normativa tutelar, permitiría su aplicación o adaptación a la tutela ejercida por una persona jurídica. No tanto, pues, por un deseo explícito del legislador, sino por la posibilidad material que concede el referido concepto[8].

Lo hasta ahora expuesto nos lleva a una primera conclusión: la normativa específica relativa a la tutela ejercida por persona jurídica es escasa e incompleta, de manera que necesita ser reformada para dar respuesta a los problemas que su ejercicio genera y a otros no previstos por la Ley 13/1983, que introdujo esta posibilidad en el ordenamiento jurídico[9].

El segundo de los momentos aludidos más arriba fue la Consulta 2/1998 de la Fiscalía General del Estado. La trascendencia de dicha Consulta reside en que, tras su aprobación, comenzó a atribuirse un mayor número de tutelas a las personas jurídico-públicas. La legislación de 1983, que respondió en gran parte al interés manifestado por familiares de personas con capacidad de obrar judicialmente modificada, posibilitó el surgimiento de personas jurídicas para ejercer funciones tutelares, de manera que al poco de su aprobación se constituyó la primera asociación dedicada a tal tarea[10]. Pues bien, aun cuando la posibilidad de atribuir la tutela a personas jurídico-públicas ya estuviese implícita en los preceptos introducidos por la reforma de 1983, su aplicación fáctica hubo de esperar unos años[11]. En tal sentido, la Consulta 2/1998 vino a ser la confirmación que parecía estarse esperando de la viabilidad de tal nombramiento. A consecuencia de ello y ante la eventualidad de ser nombrados como tutores ordinarios, diversos entes públicos fueron creando personas jurídicas —algunas incardinadas en la propia Administración Pública y otras sin tal dependencia orgánica— destinadas específicamente a la asunción de los cargos tutelares[12].

Así las cosas, la reforma operada por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad dio un paso más e introdujo en el año 2003 el actual artículo 239.3 del Código Civil. En lo que ahora interesa, la referida norma vino a confirmar la posibilidad ya existente en el ordenamiento jurídico de nombrar como tutor a una persona jurídica de carácter público. En efecto, al

margen de las interpretaciones a que dicho precepto ha dado lugar —en parte, favorecido por su carácter confuso e inacabado—, su tenor literal establece que *«la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la Ley la tutela del incapaz o cuando este se encuentre en situación de desamparo»*[13]. De este modo, tanto la *entidad pública* a la que se refiere el precepto como otras personas jurídicas de tal carácter podrán ser nombradas como tutores ordinarios por el juez cuando no lo sean los aludidos en el artículo 234 del Código Civil. Lo hasta ahora expuesto nos lleva a la segunda conclusión: desde que se introdujo la posibilidad de que las personas jurídicas pudiesen ejercer el cargo de tutor —y de manera especial en lo que al ámbito público se refiere, desde la Consulta 2/1998 de la Fiscalía General del Estado— ha ido aumentando el número de supuestos donde a estas entidades se les designa judicialmente como tutores[14].

El tercer momento de relevancia, en lo que a la normativa relativa a la tutela se refiere, viene constituido por la aprobación por las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En lo que ahora importa y junto con otras novedades introducidas en la referida Convención, este texto normativo ha supuesto un cambio de paradigma en materia tutelar: se aboga por un sistema de apoyos puntuales —limitados en el tiempo y en la intensidad— antes que por un mecanismo tendente a la representación y sustitución global de la voluntad de la persona con discapacidad[15]. La adaptación de toda la normativa española a la Convención aun no se ha realizado, siendo pequeñas las reformas operadas en materia civil[16]. Así pues —tercera conclusión— es preciso proceder a la adaptación del Código Civil a la normativa de la Convención. Y es que aun cuando la actual regulación sea acorde y respete el contenido de la Convención, ha de potenciarse el denominado «sistema de apoyos» para la toma de decisiones que garanticen la validez de los actos jurídicos realizados por las personas con discapacidad, así como su derecho de autonomía[17]. Lo anterior, en modo alguno elimina, a nuestro juicio, la necesidad de seguir manteniendo una figura que suponga la sustitución de la voluntad del sujeto. En efecto, aun cuando lógicamente deba potenciarse el «sistema de apoyos» de manera que se reduzcan al mínimo los supuestos en que haya de modificarse judicialmente la capacidad de obrar de una persona estableciendo un mecanismo que sustituya su voluntad, la experiencia práctica evidencia que siempre habrá casos donde sea necesaria tal representación, aun cuando pueda ser limitada en el tiempo y en el contenido[18]. Así pues, y al margen de la denominación que se le dé —apoyo intenso, tutela, etc.— sí parece conveniente que siga existiendo una figura parcialmente similar a la actual tutela, siendo también posible, por tanto, que sea ejercida por una persona jurídica[19].

Según hemos visto, en la actualidad disponemos de una normativa de la tutela ejercida por persona jurídica de carácter incompleto que precisa ser adap-

tada al contenido de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y que ha de ser completada para dar respuesta a los problemas que la creciente aplicación práctica de tal figura ha generado. Ante la necesidad de la reforma, las páginas que siguen pretenden dar una serie de orientaciones o propuestas que pueden servir de guía para llevar a cabo tal tarea.

2. NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN COMPLETA: EN PARTICULAR, EL DESARROLLO NORMATIVO DEL ARTÍCULO 239.3 DEL CÓDIGO CIVIL

Una primera idea que, a nuestro juicio, ha de presidir la regulación que en el futuro se elabore sobre la tutela ejercida por personas jurídicas es su carácter acabado: la normativa que se introduzca ha de resolver todos los problemas y cuestiones relativos a tal modalidad de ejercicio de la tutela evitando reproducir la actual situación. En lo que ahora interesa y de manera específica, ha de procederse al desarrollo de la figura tuitiva a que alude el actual artículo 239.3 del Código Civil, anteriormente transcrito. A nuestro juicio, dicha norma hace referencia a una figura de naturaleza administrativa antes que a una tutela judicial ordinaria[20]. De acuerdo con ello, la función temporal de protección en que consiste tal «tutela» surgirá a cargo de la *«entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces»* —esto es, la Comunidad Autónoma— cuando se den los dos supuestos de hecho que contempla el precepto: la inexistencia de tutor y en caso de desamparo[21]. En el primer caso —*«cuando ninguna de las personas recogidas en el art. 234 sea nombrado tutor»*— la citada función transitoria de protección que asumirá de manera automática la entidad pública —*«por ministerio de la ley»*— habrá de culminar en la constitución de una tutela judicial ordinaria que bien puede recaer sobre la misma *entidad pública* que ejerció la figura tuitiva señalada, o bien sobre otra persona jurídica. Y en el segundo supuesto de hecho —*«cuando este se encuentre en situación de desamparo»*—, la función de protección surgirá a fin de poner remedio a tal desprotección.

En lo que ahora importa, la posibilidad de que sobre una persona jurídica —en este caso, de carácter público— pueda recaer tanto el cargo de tutor ordinario (cfr. arts. 239.3, 242 y 260 CC) como el ejercicio de la «tutela administrativa» a que nos referimos (cfr. art. 239.3 CC), reafirma la necesidad de que la futura regulación de la tutela por persona jurídica sea completa y dé respuesta a los interrogantes que plantean ambas. Entre otros que serán mencionados en estas páginas, respecto del artículo 239.3 del Código Civil cabe aludir ahora a la necesaria delimitación de qué concreta entidad pública es la que debe asumir la tutela, los destinatarios de la figura tuitiva que contiene —si se trata de personas con capacidad de obrar judicialmente modificada o incapaces de hecho—, la

persona sobre la que recaen los deberes que se indican en el precepto, o, en fin, el procedimiento para declarar el desamparo.

3. MANTENIMIENTO DE LA «TUTELA DE AUTORIDAD» PERO CON MAYOR DELIMITACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ

Otra de las ideas a tener en cuenta en una futura reforma de la tutela consiste en mitigar la «judicialización» de la tutela. Es conocido que la reforma de 1983 supuso un cambio de paradigma: de una «tutela de familia» se pasó a una «tutela de autoridad», que es el modelo actualmente vigente. En efecto, si hasta dicha reforma la tutela era de marcado carácter familiar —aun cuando en algunos supuestos tuviese cierta participación el juez— tras la citada modificación legislativa *«las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial»,* quien, *«de oficio o a instancia de cualquier interesado»,* puede adoptar todas *«las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código (...) en cuanto lo requiera el interés del tutelado»* (art. 216 CC). Y es conocido también que la razón del indicado cambio residió en la inoperancia que la experiencia había demostrado respecto del Consejo de Familia[22].

Ahora bien, la reforma de 1983 parece que se extralimitó un poco en el sentido opuesto, pues introdujo numerosos casos en que ha de acudirse al juez. En efecto, tal y como está configurada la tutela en el Código Civil, resulta muy frecuente el recurso a los tribunales, bien para que puedan desempeñar la misión de seguimiento que se les atribuye (cfr. art. 216 CC), bien para solicitar, en trámite de jurisdicción voluntaria, autorizaciones para, por ejemplo, los actos a que se refiere el artículo 271 del Código Civil, bien para otras actuaciones. Así las cosas, y de acuerdo con los textos legales, la autoridad judicial actualmente interviene en cuestiones como: el internamiento (cfr. art. 763 LEC), la esterilización (cfr. art. 156 CP), la constitución de la tutela (cfr. arts. 231 y 259 CC), la designación del tutor (cfr. art. 234 CC), el establecimiento de medidas de vigilancia y control (cfr. art. 216 CC), los actos de especial trascendencia (cfr. art. 271 CC), la aprobación de la partición y división de la cosa común (cfr. art. 272 CC), la aceptación o no de las excusas que se presenten (cfr. art. 251 y sigs. CC), la aprobación de cuentas (cfr. art. 279 CC), la suspensión y remoción del tutor (cfr. art. 248 CC), la exigencia o no de fianza (cfr. art. 260 CC), el inventario (cfr. arts. 262 y sigs. CC), la resolución de desacuerdos entre tutores (cfr. art. 237 CC) o, en fin, la fijación de la retribución del tutor (cfr. art. 274 CC). Ello parece que habría de producir una *judicialización* de la vida familiar o corre el riesgo de convertirse en un «intervencionismo judicial»[23]. En tal sentido, creemos que ha de buscarse un punto intermedio: actuando bajo la autoridad del juez, ha de reservarse su intervención para lo que verdaderamente

sea necesario[24]. Es decir, ha de concederse un mayor poder de autonomía tanto al sujeto —mediante el sistema de apoyos— como, en su caso, al tutor, evitando la «judicialización» de esta institución. En consecuencia, a nuestro juicio, habrán de moderarse los casos legalmente establecidos en que actualmente resulta precisa la autorización judicial.

Además y a tal efecto, se advierte que la resolución judicial que, en su caso, establezca los apoyos o la tutela por persona jurídica, constituirá un elemento clave, pues será la que concrete y especifique los campos o actos en que también será necesaria la intervención del apoyador o de la autoridad judicial, tales como la autorización de contratos de trabajo, la disposición de dinero, la intervención para solicitar prestaciones asistenciales o, en fin, la adquisición, enajenación o gravamen de muebles o inmuebles.

4. INTRODUCCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA ENTRE LAS PREFERIDAS PARA EL CARGO DE TUTOR Y EL TRASPASO DEL CARGO POR EL JUEZ

El actual artículo 234 del Código Civil contiene, como es conocido, una lista de personas en quien primeramente ha de pensar el juez a la hora de escoger tutor. La lectura de la indicada prelación evidencia que en ella no se hace referencia expresa a las personas jurídicas. Cierto es que cuando se introdujo este precepto, el legislador no supo prever la importancia que con el tiempo habían de tener tales entes en el ejercicio de la tutela ordinaria. Pero cierto es también que bien pudo haber procedido a dar entrada expresa a tal posibilidad en el artículo 234 del Código Civil en alguna de las modificaciones legislativas que han afectado a dicho precepto[25]. En cualquier caso, como hemos avanzado, el uso genérico de los términos permitiría incluir a las personas jurídicas entre los potenciales tutores a que aluden los apartados 1 y 4 del artículo 234 del Código Civil; esto es: *«al designado por el tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223»* —apartado primero— y *«la persona o personas designadas por estos (los padres) en sus disposiciones de última voluntad»* —apartado cuarto—.

Conforme al artículo 223 del Código Civil, el potencial tutelado puede establecer *«en previsión de ser incapacitado judicialmente en el futuro (...) cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor»*. Así pues, cuando el tutelado haya designado previamente *«en documento público notarial»,* y en previsión de su futura modificación judicial de la capacidad, a una persona jurídica como tutor ordinario, el juez habrá de nombrarla, salvo que el beneficio del tutelado aconseje otra cosa (cfr. arts. 223 y 234 CC)[26].

Por su parte, de acuerdo con el apartado 4 del artículo 234 del Código Civil, es posible que los padres designen en sus disposiciones de última voluntad a una persona jurídica como tutor de su hijo en caso de modificación judicial de

su capacidad de obrar. Cuando hayan establecido tales indicaciones, bien en testamento, bien en documento público notarial (cfr. art. 245 CC), vincularán al juez en el proceso de designación de tutor ordinario, quien habrá de nombrar a la persona jurídica designada por aquellos[27]. Con todo, el juez puede desatender tales indicaciones y nombrar como tutor a otra persona si el beneficio del tutelado así lo justifica (cfr. art. 224 CC).

Lo anterior muestra que las personas jurídicas pueden tener cierta cabida en el artículo 234 del Código Civil. Ahora bien, según se advierte, serán pocos los supuestos en que así ocurra al basarse tal posibilidad únicamente en la interpretación genérica de los términos *persona* y *designado* que utiliza el referido precepto. Por ello, a nuestro juicio, parece oportuno incluir de manera expresa a las personas jurídicas en la lista de potenciales tutores a que alude el artículo 234 del Código Civil, de modo que no solo tenga cabida en los supuestos en que el futuro tutelado así lo haya previsto[28]. Tal inclusión resulta, además, lógica, en atención al carácter habitual de la tutela ejercida por tales entes.

Junto con ello, también creemos que resulta oportuno regular de manera específica la posibilidad de que el juez pueda proceder a un cambio de tutor cuando alguna de las personas en quien primeramente le ordena pensar el artículo 234 del Código Civil recupere la idoneidad —si no la tenía— o «aparezca» —si no se le «había tenido en cuenta»—, al margen de que se trate de una persona física o jurídica. Es decir, a nuestro juicio, debe permitirse que el juez pueda valorar la nueva situación y proceder a un cambio de tutor, con fundamento en que el beneficio del tutelado lo aconseje; traspaso que actualmente no está expresamente permitido[29].

5. REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LAS CAUSAS DE EXCUSA E INHABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

En línea con lo apuntado anteriormente en el epígrafe segundo, también parece lógico que se regulen de manera separada las causas de excusa e inhabilidad referidas a las personas jurídicas.

Por lo que atañe a las causas de excusa, habrá de procederse, en primer lugar, a regular de un modo diferenciado las referidas a las personas físicas y las aplicables a las personas jurídicas[30]. Asimismo, no estaría de más que también se distinguiesen las que pueden presentar las personas jurídicas de carácter privado de las que pueden alegar las de carácter público. Esto último se debe a que ha habido una intensa discusión doctrinal en torno a si las personas jurídico-públicas pueden alegar la única causa de excusa que actualmente puede presentar una persona jurídica para eludir el ejercicio del cargo de tutor: la «carencia de medios» (cfr. art. 251.2 CC). A tal fin, se argumentaba que resultaría sorprendente que en un Estado Social de Derecho (cfr. art. 1 CE) la Administración Pública

pudiese eludir las tutelas judicialmente deferidas con fundamento en una tal carencia de recursos[31]. Y se apuntaba que, aun partiendo del carácter limitado de los recursos públicos, de lo que se trata en el fondo es de un problema de reparto; esto es, de reorganización de los recursos existentes de tal modo que no se dejen de cumplir las competencias legalmente atribuidas y que, en este caso, se refieren a personas en situación de necesidad[32]. Aun siendo ello así y en atención a que es posible que una concreta entidad pública pueda estar en una situación de falta de recursos —ya materiales, ya personales—, a nuestro juicio no resultaría beneficioso para el tutelado el mantenimiento a toda costa de la tutela sin posibilidad de excusa[33]. Por ello, en nuestra opinión, no sería adecuado privar a las personas jurídico-públicas de la posibilidad de excusarse en casos excepcionales. En tal sentido, y de acuerdo con la Consulta 2/1998 de la Fiscalía General del Estado, entendemos que cuando la ausencia de medios conlleve la falta de organismos, personas o funcionarios adecuados, así como la carencia de toda previsión orgánica y presupuestaria para el desempeño de tal misión o la imprevisión de infraestructura, sí cabría admitir la formulación de tal excusa. Por tanto, de modo excepcional y ante la incapacidad de desempeñar de modo adecuado las funciones tutelares —bien por tal carencia estructural, bien porque la entidad carece de capacidad de arbitrar mecanismos para subsanar tal falta en un plazo breve de tiempo—. Con todo, la nueva regulación debería remarcar expresamente este carácter excepcional de la excusa contenida en el artículo 251.2 del Código Civil cuando de personas jurídico-públicas se trata, manteniendo la redacción actual para las personas jurídico-privadas.

Junto con la mencionada, debería incluirse también otra causa de excusa que le permitiese a las personas jurídicas eximirse de la asunción de una concreta tutela cuando pueda no ser acorde con los fines de la entidad de que en cada caso se trate, porque, por ejemplo, el espectro de personas a que se dedica solo sea uno de los dos a que alude el artículo 242 del Código Civil —*«menores e incapacitados»*—, o bien porque dentro de uno de ambos grupos de personas esté especializada en algún colectivo concreto —por ejemplo, la enfermedad mental, la ancianidad, etc.—. Igualmente, sería oportuno incluir la posibilidad de excusa cuando, a juicio de la persona jurídica, puedan existir otras que sean mejores para el ejercicio de una concreta tutela, bien por razones de cercanía, de menor saturación de trabajo, o de anterior contacto con el tutelado, entre otras. Ahora bien, tales extremos habrán de ser valorados por el juez ante las pruebas presentadas por quien alega la excusa.

En lo atinente a las causas de inhabilidad, de las que actualmente regulan los artículos 243 y siguientes del Código Civil, únicamente resultan de aplicación a las personas jurídicas las recogidas en el apartado 2 del artículo 243 del Código Civil —remoción de una tutela anterior—[34], en los apartados 1, 2, 4 y 5 del artículo 244 del Código Civil —imposibilidad absoluta de hecho, existencia de enemistad manifiesta o de conflictos de intereses con el tutelado y situación

de concurso—[35] y el supuesto contenido en el artículo 245 del Código Civil —exclusión expresa por los padres del tutelado—[36]. Mayores dudas suscita, en cambio, la aplicación o no a las personas jurídicas del supuesto contenido en el apartado 4 del artículo 243 del Código Civil: *«los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela»* [37].

Al igual que sucedía en el ámbito de las excusas, la reforma de la tutela por persona jurídica habrá de separar las causas de inhabilidad propias de las personas físicas de las que corresponden a las jurídicas. Junto con tal tarea, entendemos que habrían de incluirse también otras causas de inhabilidad. Así, no podrían ser nombradas como tutor las personas jurídicas que hubiesen incurrido en la situación de confusión de patrimonios entre el de la propia entidad y el del tutelado. Tampoco habría de permitirse el ejercicio del cargo de tutor ante un incumplimiento de las medidas de control y garantía impuestas por el Juzgado (cfr. art. 216 CC). O, en fin, también habría de constituir causa de inhabilidad el rechazo expresado por el tutelado pues, aunque una persona jurídica pueda resultar idónea desde una perspectiva teórica, ha de serlo «en concreto» respecto de un específico tutelado. En efecto, si este le rechaza o no reconoce su autoridad parece que «a efectos prácticos» resulta inhábil para el ejercicio del cargo[38].

Finalmente, no estaría de más la inclusión de un apartado donde se reconozca que la causa de inhabilidad —o también de remoción— que concurra en una persona física se traspasará a la persona jurídica tutora de la que dependa, cuando esta incumpla de manera constante y generalizada su deber de ejercitar la función tutelar, bien porque no sustituya a las personas que desempeñan mal dicha tarea —toda tutela a cargo de una persona jurídica es ejercida en último término por una persona física—, bien por desidia o dejadez en la supervisión de las tutelas, bien por otras razones graves.

E igualmente también resulta conveniente el señalamiento de la sanción en caso de que se nombre como tutor a una persona que incurra en causa de inhabilidad. Al ser la finalidad que se pretende con la regulación de estos supuestos garantizar un cumplimiento adecuado de la tutela ordinaria y beneficioso para el tutelado, creemos que el nombramiento judicial que contradiga causas objetivas y tipificadas será nulo de pleno derecho; esto es, las contenidas en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 243 del Código Civil y en los apartados 4 y 5 del 244 del Código Civil[39]. En el resto de los supuestos, donde la apreciación subjetiva y casuística juega un papel importante, únicamente cabrá impugnar tal nombramiento, que puede dar lugar a una remoción del tutor o, en su caso, a una impugnación contenciosa de la desestimación judicial. Por último, creemos que también podría incluirse expresamente en la legislación que en los supuestos en que se declare la nulidad o se remueva al tutor ordinario, se podrán conservar, en virtud del principio del beneficio del incapaz (art. 216 CC), los actos que resulten beneficiosos para él.

6. LOS DELEGADOS TUTELARES

Según es conocido, en la actualidad la figura de los delegados tutelares no resulta muy utilizada; en parte, por la dificultad de encontrar tales personas, así como por la necesidad de darles una formación adecuada, lo que no siempre está al alcance de cualquier persona jurídica. En efecto, el ejercicio del voluntariado por los delegados tutelares —las personas que voluntariamente se comprometen a establecer una relación personalizada, cálida y cercana con el tutelado— precisa de una vocación de servicio y una adecuada formación, de manera especial en el campo de la enfermedad mental. En tal sentido, creemos que, dada la utilidad de esta figura —constituye un modo de salvar la distancia afectiva que pudiera existir entre el tutelado y la persona jurídica tutora—, habría de ser promovida. Así, la futura regulación de la tutela por persona jurídica habría de referirse expresamente y de manera detallada a los delegados tutelares: su incorporación a la entidad tutelar, requisitos necesarios para serlo, responsabilidad, etc.

7. INCORPORACIÓN DE LA FIGURA DE LA PRETUTELA

Otra de las materias que a nuestro juicio habrían de ser incluidas en el Código Civil en una futura reforma es la figura de la «pretutela», que, aunque se va abriendo paso en los diversos foros jurídicos, aun no se ha incorporado al ordenamiento[40]. Como es conocido, con esta institución se pretende establecer una relación entre una persona con capacidad de obrar judicialmente modificada o no —en tal caso, discapacitada o incapaz de hecho—, su familia y la entidad tutelar que finalmente se hará cargo de su tutela ordinaria, una vez se establezca tal medida de protección mediante resolución judicial. De este modo se facilita el *tránsito* de la patria potestad o la tutela ejercida por los padres o un familiar, en su caso, a la tutela ordinaria ejercida por una persona jurídica. Con la pretutela se busca, por tanto, evitar «cambios traumáticos» para cuando aquellos no puedan continuar con el ejercicio de los mecanismos de protección y una persona jurídica haya de asumir la tutela ordinaria.

Así las cosas, la constitución de una «pretutela» puede tener lugar tras el conocimiento del nombramiento de una entidad tutelar en testamento o documento público notarial en previsión de la futura modificación judicial de la capacidad de obrar (cfr. art. 223 CC) o una vez que se constituye una tutela ordinaria, si los tutores nombrados, por ejemplo, son de avanzada edad. En cualquier caso, la constitución de la «pretutela» exige la existencia de un convenio bilateral entre la entidad tutelar y el futuro tutelado —o los titulares de la patria potestad o tutela— a efectos de regular la relación entre ellos hasta que la entidad asuma finalmente la tutela ordinaria[41].

8. CONVENIENCIA DE LA DECLARACIÓN EXPRESA DEL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA TUTELA EJERCIDA POR LA ENTIDAD PÚBLICA

Ya quedó señalado con anterioridad que un desarrollo legislativo completo de la tutela por persona jurídica exige la concreción e interpretación global del artículo 239.3 del Código Civil; entre otras cosas y según comentamos, habrá de dilucidar si se trata de una tutela judicial ordinaria o de una tutela-protección de naturaleza administrativa. Sea ello como fuere, entendemos que una futura reforma legal habría de señalar expresamente lo que actualmente cabe colegir de la regulación: que la tutela ejercida por la *entidad pública* —sea cual fuere su naturaleza— tiene carácter subsidiario y entra en juego solo cuando los mecanismos jurídico-civiles ordinarios han fallado. De acuerdo con ello, cabrá impugnar un nombramiento de tutor ordinario a favor de la entidad pública en los supuestos en que no se cumpla la citada subsidiariedad; por ejemplo, porque existan personas hábiles para ser nombradas tutores[42]. En cualquier caso y en lo atinente a las tutelas judiciales ordinarias asumidas por personas jurídico-públicas, la constancia expresa de la referida subsidiariedad habrá de favorecer una disminución del número de tutelas a su cargo, redistribuyendo la carga de la función tutelar con los sujetos integrantes de la sociedad civil[43].

Asimismo, y de manera acorde con ello, entendemos que también habría de incluirse una regulación que contemple el posible ejercicio de la tutela de que sea titular una persona jurídico-pública por medio de otras entidades —públicas o privadas— o por personas físicas. Entre otras cuestiones, habría de preverse el nombramiento de tales entes o sujetos, el control del ejercicio de la tutela efectuado por la entidad titular, las posibles excusas a plantear por la concreta entidad o sujeto que ejercite materialmente la tutela a la entidad pública titular de la misma, etc.[44].

9. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LA ENTIDAD TUTELAR

Otra cuestión que podría facilitar el funcionamiento de las tutelas ejercidas por persona jurídica consistiría en admitir la intervención del Ministerio Fiscal —sin necesidad de autorización previa— en las sesiones de los órganos de gobierno de la entidad tutelar de que en cada caso se trate, así como su acceso a la documentación tutelar; función, por otra parte, que encajaría entre las atribuciones recogidas por el artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal[45]. De este modo, se podría hacer un mejor y más detallado seguimiento de la tutela que podría evitar el surgimiento de problemas[46]. Se estaría resol-

viendo por adelantado las eventuales dificultades en vez de repararlas una vez consumados los perjuicios.

Asimismo, y sin «judicializar» el ejercicio de la tutela, podría ayudar a su buen funcionamiento que el juez hiciese un seguimiento más cercano, quizá con una rendición de cuentas de la tutela con mayor frecuencia que la anual.

10. OTRAS CUESTIONES

Lo expuesto hasta ahora constituyen, a nuestro juicio, algunas sugerencias de por dónde debe ir la regulación de la tutela ejercida por persona jurídica en una eventual reforma de esta materia. Según se advierte, se trata de las cuestiones más importantes, aunque lógicamente no las únicas, pues también podría hacerse referencia a la inclusión de otras materias menores, tales como la modificación del contenido del artículo 242 del Código Civil que recoge los requisitos para ser tutor a fin de sustituir el término *«incapacitados»*[47]; la introducción expresa de la posibilidad de que también se retribuya a una entidad jurídico-pública por el ejercicio de la tutela cuando el patrimonio del tutelado lo permita[48]; el señalamiento de la imposibilidad de toda persona jurídico-pública de contratar con el tutelado; la eliminación del extraño contenido del artículo 254 del Código Civil, que parece impedir la posibilidad de alegar excusas sobrevenidas a las personas jurídicas; el establecimiento de un criterio definitivo sobre la necesidad o no de audiencia durante el proceso de la persona jurídica que será nombrada tutora[49]; la modificación del artículo 753 del Código Civil permitiendo que la persona jurídica tutora —por ejemplo, una fundación tutelar— pueda suceder al tutelado-testador en un mayor número de supuestos de los que actualmente se admiten, en atención a la labor desempeñada a su favor; la reforma del artículo 237 del Código Civil, regulando de manera específica la posibilidad de transferencia del cargo ante la inactividad de los tutores, atribuyéndoselo quizá, entonces, a una persona jurídica; la regulación separada de la tutela cuando de mayores y menores se trata, a la vista de las diferentes situaciones a que pueden responder; la posibilidad de admitir como tutor en la dimensión patrimonial de la tutela a personas jurídicas con ánimo de lucro; la elaboración de un procedimiento específico de seguimiento de la tutela para evitar que las autorizaciones otorgadas en vía de jurisdicción voluntaria no sean conocidas por el juez que estableció la tutela de modo que se cierre el paso a la posible «despatrimonialización» del tutelado en base a tales autorizaciones; la inclusión de un precepto que aluda a la obligación de recabar del Registro Civil la información relativa al tutelado antes de que el juez constituya la tutela; el establecimiento de un régimen específico de responsabilidad del tutor que evite la necesidad de acudir al general y que comprenda, entre otras cosas, los daños producidos al tutelado por incumplimiento o defectuoso cumplimiento de

las obligaciones tutelares, su posibilidad de repetición a la persona física causante del daño —si de tutela por persona jurídica se trata— o, en fin, la quizá obligatoria necesidad de concertación de seguros que eviten la descapitalización de una persona jurídica en caso de responsabilidad.

Todo lo anterior evidencia la improrrogable necesidad de proceder a una reforma sustantiva de la normativa de la tutela ejercida por persona jurídica, tanto para adecuarla al contenido de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como para resolver los problemas que en la práctica se suscitan, dotándola de un régimen completo y acabado.

NOTAS

[1] La introducción de la tutela por persona jurídica en el ordenamiento jurídico no estuvo exenta de problemas. En tal sentido, pueden verse los intensos debates que tuvieron lugar durante la tramitación parlamentaria en torno a la conveniencia o no de su regulación; en especial, los de la Comisión de Justicia e Interior y los del Pleno del Congreso de los Diputados (vid., respectivamente, *BOCG*, *Congreso de los Diputados*, CO 029, de 18 de mayo de 1983, pág. 970, y *BOCG*, *Congreso de los Diputados*, PL 039, de 24 de mayo de 1983, págs. 1827 y 1828).

[2] Tanto en el ordenamiento jurídico francés como en el alemán o el italiano, ya se permitía la tutela por persona jurídica con anterioridad a 1983. Cfr. la reseña que, sobre los ordenamientos suizo, alemán, francés e italiano, realiza MUÑIZ ESPADA en *Las personas jurídico-privadas tutoras. En consideración al aspecto personal de la tutela,* Bosch, Barcelona, 1994, págs. 60 a 77.

[3] Así las cosas, MUÑÍZ ESPADA (*Las personas jurídico-privadas tutoras…*, cit., págs. 50 y sigs.) hace referencia a algunas figuras cercanas a la tutela por persona jurídica aunque diversas de ella que existieron con anterioridad en nuestro ordenamiento jurídico. Entre otras, apunta las recogidas en el artículo 212 del Código Civil de 1889, el artículo 9 de la Orden de 1 de abril de 1937, sobre prohijamiento y colocación en familia de niños abandonados o, en fin, la regulada por el artículo 28 de la Ley de 20 de diciembre de 1952, que concede funciones tutelares a las Juntas Provinciales del Patronato de la mujer. De todos modos, el origen inmediato y directo de la regulación introducida en 1983 ha de encontrarse, no en tales normas, sino en el *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela,* elaborado en 1977 por DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ROGEL, CABANILLAS y CAFFARENA, publicado en la Fundación General Mediterránea-Dirección General de los Servicios Sociales, SEREM, Madrid, 1977.

[4] El apartado segundo del artículo 251 del Código Civil señala que «*las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela*».

[5] El citado precepto establece que «*lo dispuesto en el artículo anterior no se aplicará a la tutela encomendada a las personas jurídicas*». A su vez, el «*artículo anterior*» —el 253 CC— estatuye que «*el tutor podrá excusarse de continuar ejerciendo la tutela, siempre que hubiera persona de parecidas condiciones para sustituirle, cuando durante el desempeño de aquella le sobrevenga cualquiera de los motivos de excusa contemplados en el artículo 251*». Decimos que se trata de un precepto confuso porque parece estar enervando la alegación de las excusas sobrevenidas en una tutela ordinaria ejercida por persona jurídica. Esta solución, que es la que parece derivarse literalmente del texto legal, se revela un tanto absurda, pues obligaría a mantenerse en el ejercicio de las funciones tutelares a una persona que no puede garantizar su adecuado desempeño por carencia de medios materiales, lo que, en último térmi-

no, iría en detrimento del tutelado. La obligación de mantener *a toda costa* la tutela ordinaria establecida constituye, en los casos de falta real de medios, una medida que desfavorece a los tutelados (vid. HEREDIA PUENTE y FÁBREGA RUIZ, *Protección legal de incapaces,* Colex, Madrid, 1998, págs. 74 y 75). En atención al resultado perjudicial de tal interpretación, en la doctrina se han señalado, fundamentalmente, dos posibles soluciones correctoras. De una parte, se ha sugerido modificar el texto del artículo 254 del Código Civil añadiendo la especificación de que resulta referible únicamente a las personas jurídicas de *carácter público*. Y de otra parte, también cabe pensar que a lo que se está refiriendo el artículo 254 del Código Civil, y que no resulta de aplicación a las personas jurídicas, es a la necesidad de existencia de un tutor sustituto. Esta segunda interpretación parece ser la más adecuada por cuanto, en nuestra opinión, es un hecho que tanto las personas jurídico-privadas como las personas jurídico-públicas carecen de fuentes ilimitadas de recursos.

[6] En concreto, el artículo 260 del Código Civil dispone lo siguiente: «*el juez podrá exigir al tutor la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma. No obstante, la entidad pública que asuma la tutela de un menor por ministerio de la Ley o la desempeñe por resolución judicial, no precisará prestar fianza*». Además de los preceptos citados en el texto, también cabe hacer referencia en este punto al artículo 239.3 del Código Civil, pues alude a la «tutela» que ha de asumir una entidad pública. Ahora bien, a nuestro juicio, en este precepto, al igual que en el que le sirvió de modelo —el art. 172 CC—, el término «tutela» se usa en un sentido amplio como sinónimo de «función de protección», sin que haga referencia a la tutela judicial ordinaria del Código Civil. Sobre esta tutela como función de protección que recoge el artículo 172 del Código Civil, vid. GIL MARTÍNEZ, *La reforma de la adopción. Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, Dykinson, Madrid, 1988, págs. 19, 24 a 25 y 55; PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción,* Civitas, Madrid, 1989, págs. 87 y sigs.; RAMOS SÁNCHEZ, «Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre protección de menores y adopción. Su posible inconstitucionalidad», en *La Ley*, 1989-2, págs. 1003 y 1010; DE PABLO CONTRERAS, «Comentarios al artículo 172 del Código Civil», en VV.AA., *Comentarios a las reformas del Código Civil* —coord.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO—, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 35 a 88; y ESCUDERO LUCAS, *La tuición del menor abandonado (art. 172 del CC)*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, 1995, págs. 10, 18, 99 y 150.

[7] A modo de ejemplo cabe aludir al listado de posibles tutores del artículo 234 del Código Civil, a cuyo tenor *«para el nombramiento de tutor se preferirá: 1. Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223. 2. Al cónyuge que conviva con el tutelado. 3. A los padres. 4. A la persona o personas designadas por estos en sus disposiciones de última voluntad. 5. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez. Excepcionalmente el juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exige. Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida familiar del tutor».* Por otro lado, la falta de adaptación normativa a la novedad introducida en 1983 se manifiesta también en que en otros supuestos —por ejemplo, en las excusas y las causas de remoción del tutor— buena parte del contenido de los preceptos no resulta de aplicación a las personas jurídicas.

[8] Entre otros preceptos, contienen el término *persona* sin establecer limitación alguna respecto de la persona jurídica los artículos 223, 227, 229, 230, 231, 234, 235 y 236.4 del Código Civil. En cambio, no resulta aplicable a una persona jurídica el artículo 228 del Código Civil, aun cuando en él también se haga referencia al término *persona,* en atención a que el artículo 222 del Código Civil delimita los sujetos pasivos de la tutela admitiendo únicamente a personas físicas. Respecto de la adecuación del término «persona» sin más calificativos de modo que sirva tanto para personas físicas como jurídicas, vid. RICO-PÉREZ, «La función tutelar de las fundaciones», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XCVI, marzo de 1988, núm. 3, págs. 379 y 380, y también SALINERO ROMÁN, «Delación y ejercicio de la

tutela por persona jurídica», en VV.AA., *La protección jurídica del discapacitado, I Congreso Regional* —coord.: SERRANO GARCÍA—, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 143.

[9] Ya desde la aprobación de la Ley 13/1983, la doctrina vino señalando la necesidad de su reforma para mejorar la regulación de la tutela por persona jurídica (vid. GARCÍA CANTERO, «El nuevo régimen jurídico de la tutela», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* octubre de 1984, núm. 4, págs. 487 y 488; en el mismo sentido, pero posteriormente, vid. HEREDIA PUENTE y FÁBREGA RUIZ, *Protección legal de incapaces,* cit., pág. 19; SANTOS URBANEJA, «Propuestas de reforma legislativa en materia de tutela», en VV.AA., *Deficiencia, enfermedad mental y senilidad: Mecanismos legales de protección,* Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la deficiencia y la enfermedad mental, Córdoba, 1996, pág. 75, o LEÑA FERNÁNDEZ, «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», en VV.AA., *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales,* Civitas, Madrid, 2000, pág. 173 y sigs.). Con posterioridad a la Ley 13/1983, hubo otras reformas legales que afectaron a las instituciones tutelares, que bien pudieron haberse aprovechado para efectuar la adaptación de la normativa a que aludimos: la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código Civil en materia de adopción; la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y, finalmente, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Con todo, ninguna de ellas llevó a cabo tal labor.

[10] Aun cuando ya se intuía en el momento de aprobarse la Ley 13/1983, la experiencia derivada del funcionamiento de las asociaciones vino a demostrar que la figura jurídica que mejor se avenía a la finalidad que se pretendía era la fundación. Con todo, el marco jurídico que posibilitó e incentivó la creación de fundaciones tutelares se creó por medio de la Ley 30/1994, de 24 de octubre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General. Norma que, tras unos años de vigencia, fue finalmente sustituida por la actualmente vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

[11] Defendiendo la viabilidad de nombrar a una persona jurídico-pública como tutor ordinario ya antes incluso de la citada Consulta o de la reforma del artículo 239 del Código Civil llevada a cabo por la Ley 21/1987, vid. GÓMEZ-OLIVEROS, «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 562, mayo-junio de 1984, pág. 652; SERENA VELLOSO, «Constitución de la tutela y nombramiento del tutor», en *Curso de perfeccionamiento sobre Incapacitación y Tutela*, Centro de Estudios Judiciales, Departamento de Publicaciones, 1985, pág. 75; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios al artículo 242 del Código Civil», en VV.AA., *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* —coord.: AMORÓS GUARDIOLA y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO—, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 361, y LETE DEL RÍO, «Comentarios al artículo 242 del Código Civil», en VV.AA., *Comentarios del Código Civil,* tomo I —dir.: DÍEZ-PICAZO Y OTROS—, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pág. 738. Por su parte, la Consulta 2/1998, de 3 de abril, sobre asunción de tutelas por personas jurídico-públicas, reconoció que «de los tres requisitos que deben concurrir en una persona jurídica para asumir funciones tutelares, según el artículo 242, dos confluyen inequívocamente en las personas jurídico-públicas: la inexistencia de ánimo de lucro y la personalidad jurídica propia» (apartado II).

[12] En efecto, junto con los entes orgánicamente dependientes de la Administración Pública y sometidos al Derecho administrativo, tales como la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de Aragón adscrita al Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo o el Instituto Almeriense de Tutela dependiente de la Diputación Provincial de Almería, también cabe referise a las Fundaciones Tutelares de carácter público creadas por Administraciones Públicas y que actúan de acuerdo con el Derecho Privado. Entre estas últimas cabe reseñar, a modo de ejemplo, la Fundación Gallega para la Tutela de Adultos o a la Fundación Tutelar de La Rioja, entre otras. Para que una Fundación pueda caracterizarse como *entidad pública* de modo que se integre en el sector público y así sean consideradas por las leyes atinentes a dicho sector, es preciso que estén constituidas con una aportación mayoritaria —directa o indirecta— de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal, o que el patrimonio fundacional esté formado en más de un

50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por tales entidades (cfr. Capítulo XI de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones).

[13] Entre otras críticas efectuadas al precepto que comentamos cabe destacar lo siguiente. Primero: que en él hay gran indeterminación —entre otros, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ («¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores», en *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero de 2006, pág. 48) cuando analiza el contenido de la definición de desamparo del artículo 239.3 del Código Civil se pregunta «¿qué le incumbe a quién?, o ¿a qué leyes se refiere?» el tenor literal de la misma—. Segundo: que su redacción no es muy afortunada, pues origina problemas de difícil solución —la redacción «llama a perplejidad» y «da la impresión de que alguien ha sufrido un error puramente material» (SERRANO GARCÍA, «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 52, octubre-diciembre de 2004, pág. 261); es «técnicamente desafortunada» (LINACERO DE LA FUENTE, «Protección jurídica de las personas mayores», en *Actualidad Civil*, núm. 19, noviembre de 2004, pág. 2272); es «deplorable» (DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *¿Crisis de la incapacitación?...,* cit., pág. 48), o, en fin, constituye un «enunciado ininteligible, un verdadero galimatías», según GIL RODRÍGUEZ («La tutela como garantía del bienestar de las personas incapacitadas y del respeto a sus derechos», en VV.AA., *La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo. Congreso estatal, 9-10 de marzo de 2006,* Diputación Foral de Guipúzcoa, San Sebastián, 2007, pág. 17)—. Y tercero: adolece de falta de reflexión —no se efectuó modificación alguna durante su tramitación ni para corregir errores sintácticos, no figuraba en el Proyecto de Ley del Gobierno ni tampoco fue ponderada por la Comisión General de Codificación (cfr. GIL RODRÍGUEZ, «La "entidad pública" y las "instituciones privadas" en la tutela de incapaces desamparados», en VV.AA., *Protección jurídica-patrimonial de las personas con discapacidad,* La Ley-Universidad Rey Juan Carlos —ed. PÉREZ DE VARGAS—, Madrid, 2007, pág. 194)—; así, PALOMINO DÍEZ («La discutida naturaleza de la tutela de las entidades públicas del artículo 172.1 del Código Civil», en *Actualidad Civil*, núm. 11, junio de 2005, pág. 1312) apunta que su tramitación «lleva a pensar en una cierta precipitación a la hora de introducir una tutela que, si bien era exigida por la doctrina y por la propia lógica del Derecho, hubiera precisado de una mayor reflexión».

[14] En efecto, a veces los familiares no están bien dispuestos para la asunción de la función tutelar y confían en que, ante su «imposibilidad», la Administración pública se haga cargo —en tanto ente público— del tutelado. En ocasiones, tal imposibilidad es real pero, en otras, se advierte incluso que es propiciada por consejos de determinados profesionales sanitarios u operadores jurídicos que animan a la familia a mostrar su renuencia a asumir la función tutelar sabiendo que habrá una entidad pública detrás que colmará tal vacío. Por tal motivo, quizá podría incluirse en el procedimiento un «trámite» en el que el juez informe a los parientes sobre el significado y funcionamiento de la institución de la tutela, de modo que tengan un conocimiento cabal y se pueda reducir esa reticencia.

[15] A este respecto, el artículo 12.4 de la Convención desplaza el modelo de la sustitución e introduce el del «sistema de apoyos o asistencia en la toma de decisiones» en función de las circunstancias de cada persona cuando dispone que «*los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de Derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas*».

[16] Las únicas normas de adaptación a la Convención aprobadas por España han sido la Ley 26/2011, de 1 de agosto —*BOE* núm. 184, de 2 de agosto— y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre —*BOE* núm. 224, de 17 de septiembre— de adaptación normativa a la

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que recoge muchas de las sugerencias expuestas en el Informe elaborado a tal fin por el Consejo de Ministros el 30 de marzo de 2010. Ello es así, a pesar de lo establecido en la Disposición Final 1.ª de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley del Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, que estableció que *«el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006».* A pesar de que la Ley entró en vigor a los tres meses de su publicación —acaecida el 26 de marzo de 2009— todavía no se ha presentado el citado Proyecto de Ley de reforma. Igualmente, la Disposición Adicional 7.ª de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, también señalaba al Gobierno el plazo de un año desde su entrada en vigor para remitir *«a las Cortes Generales un Proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen».* El referido plazo se cumplió el 3 de agosto de 2012, sin que se remitiese el mencionado Proyecto de Ley. Ante ello, el 19 de diciembre de 2012 se aprobó una Proposición no de Ley donde el Congreso de los Diputados insta al Gobierno a remitir, en el plazo de tres meses, el referido Proyecto de Ley; a día de hoy tal remisión aun no se ha efectuado. Nos consta, sin embargo, la existencia de un proyecto articulado sobre el que se trabaja y que ha sido publicado por la *Fundación Aequitas* bajo el título «Proposición de ley relativa a la adaptación de nuestro Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la Convención de los Derechos Humanos de la ONU» (cfr. «El notariado informa», pág. 6, en *Escritura Pública,* núm. 79, Consejo General del Notariado, Madrid, 2013).

[17] En relación a esta materia, resulta trascendental la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 *(RJ* 2901) que expresamente reconoce la compatibilidad de las actuales instituciones tutelares con la Convención de la ONU de 2006. A este respecto, la referida resolución declaró que «de este modo, solo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 del Código Civil y del artículo 760.1 LEC. 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada». Vid., asimismo, el comentario de la mencionada sentencia efectuado por De Pablo Contreras, quien también defiende la compatibilidad de la regulación tutelar vigente con la normativa de la Convención (De Pablo Contreras, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en VV.AA., *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina*; *civil y mercantil*, vol. 3 —dir.: Izquierdo Tolsada—, Dykinson, 2009, págs. 555 a 580).

[18] Al igual que actualmente se permite la autotutela en el Código Civil (cfr. art. 223 CC), parece lógico que la reforma que se lleve a cabo admita la designación de los apoyos por la propia persona, aun cuando, en su caso, sea finalmente el juez quien los determine.

[19] Igualmente entendemos que no existe inconveniente alguno en que las personas jurídicas puedan prestar tales apoyos.

[20] Respecto de la determinación de si la tutela a que se refiere el artículo 239.3 del Código Civil es de carácter judicial —tutela ordinaria— o administrativa, caben varias interpretaciones que brevemente pasamos a exponer. Primera: entender que la tutela que asumirá la entidad pública en caso de inexistencia de tutor y cuando el incapaz se encuentre en una situación de desamparo es una tutela de carácter ordinario. Entre otros argumentos, esta solución sería coherente con la ubicación sistemática del precepto entre las normas relativas a la tutela civil ordinaria. Segunda: defender que en el artículo 239.3 del Código Civil se contienen tutelas de diversa naturaleza. Así, en el primer supuesto de hecho el término *tutela* parece que remitiría a una tutela ordinaria —sobre la entidad pública recaería el cargo de tutor cuando no se haya nombrado ninguna de las personas del art. 234 del CC, como se viene haciendo, en cierta medida, en la actualidad—, mientras que en el segundo parece que podría encajar mejor una tutela de carácter administrativo para cuya constitución no resultase necesaria la intervención judicial. Esta interpretación es plausible en atención a la referencia que el artículo 239.3 del Código Civil realiza en su texto al artículo 234 del Código Civil —lo que nos sitúa en el ámbito del procedimiento para la modificación judicial de la capacidad de obrar de una persona— y también a la vista de la semejanza de redacción existente entre el artículo 239.3 del Código Civil y el artículo 172 del Código Civil. Existe todavía una tercera posibilidad de interpretar el precepto: concebir que el término *tutela* se utiliza en ambos casos en un sentido amplio como función transitoria de protección, de manera que tal será el deber de la entidad pública ante la concurrencia de los dos supuestos de hecho. Asumido tal deber de cobertura o protección, las medidas a adoptar para hacer realidad esa asistencia serán diversas en cada situación: en unos casos se constituirá una tutela ordinaria, en otros se procederá a un cambio de tutor o, en fin, en otros, se establecerán medidas de carácter administrativo. A nuestro juicio, la manera de interpretar el precepto citada en último lugar es la más adecuada. En efecto, tal inteligencia del precepto tiene en cuenta tanto el paralelismo de redacción del artículo 239.3 del Código Civil con el artículo 172 del Código Civil —cuestión de no pequeña importancia— como que, al permitir la adopción de medidas diversas en atención a los supuestos de hecho de la norma, también respeta la finalidad que se adujo en la enmienda de adición que dio entrada al precepto (cfr. *BOCG*, *Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 154-05, de 10 de septiembre de 2003, págs. 27 y 28, donde se indica que la incorporación al Código Civil del actual artículo 239.3 del Código Civil se realizaba con la intención de «hacer frente a posibles situaciones en las que un *incapaz* se encuentre *sometido a tutela,* pero esté en *total desamparo* moral o material»). De este modo, la norma vendría a conceder un título a la entidad pública que le legitimaría para actuar en el ámbito civil respecto de los incapaces, de manera similar a como el artículo 172 del Código Civil hizo en relación a los menores. Un estudio más amplio de esta cuestión se puede ver en Legerén Molina, *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 239.3 del Código Civil,* Editorial Universitaria Ramón Areces-Fundación Aequitas, Madrid, 2012, págs. 67 y sigs.

[21] Aunque el Código Civil no lo explicita y no existe ninguna *entidad pública* que tenga expresamente atribuida entre sus competencias la *«tutela de los incapaces»* —como establece el art. 239.3 CC—, a nuestro juicio, la referida entidad habrá de ser la Comunidad Autónoma, pues la atribución competencial que el citado precepto establece puede entenderse incluida dentro de su competencia en *«asistencia social», ex* artículo 148.1.20 CE. Así parecen haberlo reconocido, entre otras, la SAP de Asturias, de 11 de enero de 2010 *(JUR* 2010/91870), que admitió el «nombramiento de tutor efectuado por la juez de familia a favor de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias»; las SSAP de Badajoz, de 16 de junio de 2008 *(JUR* 2008/338316), y Cáceres, de 8 de junio de 2007 *(JUR* 2007/327649), que nombraron como tutor a la Comisión Tutelar de Adultos de Extremadura —ente orgánicamente dependiente de la Administración Pública—; las SSAP de Sevilla, de 18 de diciembre de 2009 *(JUR* 2010/211046), de 28 de julio de 2008 *(JUR* 2009/14973), de 8 de febrero de 2008 *(JUR* 2008/370700) y de 12 de noviembre de 2007 *(JUR* 2008/94108), que hicieron recaer el cargo de tutor ordinario

en la Consejería de Asuntos Sociales; y, finalmente, el AAP de Valladolid, de 7 de mayo de 2007 *(JUR* 2007/269876). De otra parte, y en lo que a tutela judicial ordinaria se refiere, la Consulta 2/1998 ya reconoció que la competencia de *«asistencia social»* es suficiente para entender cumplido el requisito que exige el artículo 242 del Código Civil para ser nombrado tutor: que entre sus fines *«figure la protección de menores e incapacitados».*

[22] El cambio se debe a que existía «un consenso doctrinal generalizado» respecto de que el sistema instaurado en 1889 «había fracasado radicalmente y era preciso modificarlo en profundidad» (García Cantero, «El nuevo régimen jurídico de la tutela», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre de 1984, núm. 4, pág. 467).

[23] Cfr. De la Cuesta y Aguilar, *La tutela familiar y disposiciones a favor del menor e incapaz*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 10. Si a lo expuesto en el texto se añade que el actual procedimiento puede resultar notablemente lento —con los perjuicios económicos que, en su caso, puede causar—, que el control judicial ya existiría en última instancia como medida de cierre de no ser imprescindible para todos los actos mencionados, y que el recurso al juez en ocasiones no supone una salvaguarda mayor para el tutelado y sí una dificultad para el tutor, cabría concluir —tal y como realizan los autores de este sector doctrinal— que ha de recuperarse el sistema de tutela de familia. Ahora bien, siendo ello así, no ha de olvidarse que, como ya hemos señalado, en el actual sistema de tutela de autoridad el ejercicio de la función tutelar se contempla al modo tradicional insertándolo en la familia, lo que, según Muñíz Espada (*Las personas jurídico-privadas tutoras...,* cit., Barcelona, Bosch, 1994, pág. 36), infunde equilibrio a la institución.

[24] Reconociendo que el sistema anterior tenía alguna ventaja, la Comunidad Autónoma de Aragón ha instaurado en su ordenamiento jurídico una «tutela de autoridad» pero mitigada por elementos propios de la «tutela de familia». En tal sentido, vid. la Exposición de Motivos del Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo. De otra parte, no faltan autores que abogan por acudir a un sistema mixto; esto es, «tutela de familia» y «tutela de autoridad» de carácter subsidiario, de modo que el órgano jurisdiccional únicamente entre en juego en relación a determinados aspectos. En tal sentido se pronuncia De Amunátegui Rodríguez (*¿Crisis de la incapacitación?...,* cit., pág. 40) quien anima a reflexionar «sobre la conveniencia de devolver a la familia algunas de las facultades que en otro tiempo se le atribuyeron, y dejar para la autoridad judicial los supuestos en los que no sea posible el desempeño de tales funciones, por inexistencia de familiares, falta de preparación o voluntad en los mismos, o, *ex post,* por su inadecuado funcionamiento».

[25] En efecto, el artículo 234 del Código Civil ha sido modificado en dos ocasiones. La primera: por medio de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, se introdujo el actual párrafo final y se sustituyó la expresión *«menor o incapacitado»* por el término *«tutelado»* en el apartado segundo del primer párrafo. Y la segunda: la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, modificó el párrafo primero dando entrada al actual apartado número 1.

[26] Con todo, este supuesto introducido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, aún está en sus primeras fases de aplicación, de manera que todavía no es utilizado por un elevado número de personas, aunque sí por las que se mueven habitualmente en el ámbito de la incapacidad. Además, ha de apuntarse que el citado nombramiento para el futuro no siempre resulta posible, pues no es infrecuente que las personas incapaces lo sean desde su nacimiento.

[27] En tales casos, el nombramiento de tutor *sigue siendo judicial,* pero sobre la base de la designación efectuada por los padres del tutelado, si no están privados de patria potestad y ya la haga solo uno de ellos, ambos de común acuerdo o ambos de manera independiente pero paralela (cfr. arts. 223 a 226 CC).

[28] Así se efectúa en el artículo 116.1*.f)* y *g)* del Código Foral de Aragón, o en el artículo 222.10-5 del Libro II del Código Civil de Cataluña.

[29] Según apuntaba en su día Lete del Río («Comentarios al artículo 235 del Código Civil», en VV.AA., *Comentarios del Código Civil,* tomo I —dir.: Díez-Picazo y otros—, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pág. 722), si posteriormente alguna

de esas personas recobra la idoneidad, la ley no le da derecho a pedir que se transfiera la tutela ordinaria. En efecto, ningún artículo del Código Civil expresamente lo autoriza, se opone a la prelación que contiene el artículo 234 del Código Civil y, a su juicio, no resulta posible ni en virtud del «mayor beneficio» del tutelado. Vid. también, BLANCO PÉREZ-RUBIO, *Las personas jurídicas tutoras,* Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 59. Lo anterior no empece para que, en la práctica, algunos juzgados procedan a tal cambio de tutor cuando se dan las circunstancias apuntadas, aun cuando el apoyo legal de tal proceder sea un tanto incierto. Por último, la asunción de la sugerencia que ahora se realiza podría constituir una vía para descargar a las personas jurídicas —de manera especial, a las entidades públicas— de algunas tutelas ordinarias en caso de aparecer tal persona idónea.

[30] Uno de los elementos básicos de la institución tutelar es que constituye un deber de carácter público (cfr. art. 216 CC). A consecuencia de tal naturaleza, únicamente resulta eludible el ejercicio de las funciones tutelares si concurre alguna de las causas de excusa legalmente previstas que puedan justificar tal exclusión. Y es que, en lo atinente a la posibilidad de presentar excusas, el artículo 217 del Código Civil es concluyente: «*solo se admitirá la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos*». En efecto, el *interés público* subyacente en el Derecho de Familia, que califica la función tutelar como un *deber,* no admite ni la renuncia unilateral ni el abandono de los cargos tutelares; únicamente cabe eludir la obligación de ejercer la función tutelar de que en cada caso se trate mediante la presentación de las excusas legalmente establecidas y debidamente justificadas (cfr. SAP de Valencia, de 5 de marzo de 2009 —*JUR* 2010/73310—).

[31] Restringiendo a las personas jurídico-privadas la posibilidad de alegar la «carencia de recursos», vid. el AAP de Valencia, de 3 de julio de 1998 *(AC* 1998/6717).

[32] A este respecto, el AAP de Baleares, de 13 de noviembre de 2000 *(JUR* 2001/29853) señaló que «no resulta de recibo que en dicho reparto un Estado Social y de Derecho (arts. 1, 39, 41, 43, 49 y 50 de la Constitución), no pueda asignar partidas presupuestarias suficientes para atender a la tutela de menores o incapacitados que tenga que asumir». Asimismo, el citado Auto también declaró que «es cierto que los recursos de la Corporación apelante no son ilimitados, pero la problemática que aquí se plantea concretamente es de reparto de recursos». De modo similar, el AAP de Valencia, de 3 de julio de 1998 *(AC* 1998/6717) indicó que «no puede en principio aceptarse que un Ente Público como la Generalitat Valenciana, carezca de recursos ni económicos ni personales para el cumplimiento de sus funciones propias; los dispositivos fiscales de aprobación de gastos extraordinarios o de ampliación presupuestaria pueden y deben cubrir contingencias». Por último, reconociendo que «una Administración pública ha de asumir las cargas, anejas a su función, y, más todavía cuando son traducibles en servicios solidarios, en relación con los más marginados de la sociedad», vid. el AAP de Madrid, de 25 de junio de 1999 *(AC* 1999/1825).

[33] Admitiendo que la falta de medios puede referirse tanto a los «materiales o económicos» como a los «humanos y asistenciales», vid. los AAP de Huelva, de 30 de noviembre de 2000 *(JUR* 2001/77948 y *JUR* 2001/77949).

[34] En concreto, el artículo 243.2 del Código Civil establece que «*no pueden ser tutores: 2. Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela anterior*».

[35] El artículo 244 del Código Civil señala que «*tampoco pueden ser tutores: 1. Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho. 2. Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado. (...) 4. Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración. 5. Los "quebrados" y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona*».

[36] Por su parte, el artículo 245 del Código Civil dispone que «*tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial, salvo que el juez, en resolución motivada, estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado*». Junto con ello, también cabría reconocer como una «causa de inhabilidad *implícita*» que la persona jurídica careciese de medios personales o

materiales para llevar a cabo la tutela —supuesto contemplado en el Código Civil como causa de excusa (art. 251.2 CC)—. La posesión de medios adecuados para el ejercicio de la tutela ordinaria está tan directamente relacionada con el beneficio del tutelado —principio básico en esta materia (cfr. art. 216 CC)— que, en nuestra opinión, su carencia puede jugar como causa de inhabilidad anterior a la asunción del cargo de manera que lo excluya (también reconocen como causa de inhabilidad la carencia de una buena estructura y medios personales o materiales para llevar a cabo su labor Heredia Puente y Fábrega Ruiz, «El ejercicio de la tutela de incapaces por las personas jurídicas», en *La Ley*, D-218, de 28 de julio de 1998, tomo IV, pág. 1539); de lo contrario, esto es, de no tenerse en cuenta entonces tal circunstancia, la persona jurídica podrá alegar en breve plazo la indicada situación como excusa (sobre la posterior alegación de tal situación como excusa, vid. Muñíz Espada, *Las personas jurídico-privadas tutoras…*, cit., pág. 24).

[37] Sobre esta materia, vid. la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, relativa a la *«responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010»,* disponible en www.fiscal.es. Así las cosas, tampoco ha de olvidarse que el Código Penal en el artículo 31.5 excluye de capacidad penal a determinados entes entre los que se encuentran el Estado y las Administraciones públicas territoriales e institucionales (cfr. art. 31 *bis*.5 CP). A la vista de ello, *literalmente* parece que habría de excluirse la aplicación del supuesto del artículo 243.4 del Código Civil a las personas jurídico-públicas.

[38] Otra opción posible es no reconocer el rechazo del tutelado como causa de inhabilidad y permitirle al juez, en virtud de la facultad de modificar el tutor si aparece otro más idóneo, retirar del cargo a la entidad jurídica «rechazada».

[39] Cfr. Lacruz y Sancho, *Elementos de Derecho Civil,* tomo IV, 4.ª ed. revisada por Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 430 y 431.

[40] Al igual que sucede con la «pretutela», la figura del «tutor provisional» tampoco está reconocida en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, a nuestro juicio, su introducción no resulta imprescindible porque las funciones de tal tutor provisional pueden colmarse con las posibilidades que actualmente ofrece la legislación: desde el nombramiento de un defensor judicial durante el juicio hasta la adopción de medidas cautelares. En tal sentido, estamos de acuerdo con los juzgados que no ven necesario crear una figura que la legislación no prevé, y no con aquellos otros que son firmes partidarios de este instrumento. Efectuando una comparación del «tutor provisional» con el guardador de hecho, el defensor judicial o el administrador, vid. Platero Aranda, «El proceso de incapacitación y otras medidas judiciales para la protección de personas mayores», en VV.AA., *III Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad,* Fundación Tutelar de La Rioja, 2009, págs. 34 y 35.

[41] Este convenio en modo alguno es una renuncia o delegación de las funciones propias de la patria potestad o tutela; es un peculiar mandato de protección o apoderamiento. Sobre esta figura, vid. Martínez García, «La organización de la pretutela: apoderamientos preventivos y otras figuras jurídicas» y Rueda Díaz de Rábago, «La pretutela», ambos en VV.AA., *La defensa jurídica de las personas vulnerables.* Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio-agosto de 2007, Thomson-Civitas-Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 249 a 272 y págs. 273 a 290, respectivamente; y también Treserras Basela y González Carreras, «La pretutela de la familia», en *Siglo Cero: Revista española sobre discapacidad intelectual,* vol. 38, núm. 221, 2007, págs. 83 y 84.

[42] En efecto, el carácter subsidiario del nombramiento de las personas jurídicas como tutores ordinarios que parece latir en el Código Civil permite que estas puedan *combatir* tal nombramiento sobre la base de la existencia de personas físicas mencionadas en el artículo 234 del Código Civil que resulten idóneas y siempre que ello sea beneficioso para el incapaz (cfr. Gil Rodríguez, *La «entidad pública» y las «instituciones privadas» en la tutela de incapaces desamparados,* cit., pág. 217). Tal y como se configura la tutela ordinaria por persona jurídica en el Código Civil, parece que ha de ser el último recurso para cuando no haya personas físicas y siempre que tal nombramiento sea beneficioso para el incapaz. Recogiendo esta argumenta-

ción, la Consulta 2/1998, de 3 de abril, sobre asunción de tutelas por personas jurídico-públicas destacaba «la preferencia legal de las personas mencionadas en el artículo 234 que solo debe ceder cuando conste de forma clara que es más beneficioso para el tutelado prescindir de esa indicación legal (...)», sugiriendo que el nombramiento de una persona jurídica ha de tener siempre carácter subsidiario. En la misma línea se apuntaba también que «deben primarse las soluciones que impliquen la permanencia en un medio familiar (...). E incluso en los casos en que ello no sea posible o adecuado, deben valorarse y ponderarse, si fuesen procedentes, fórmulas a través de compromisos de colaboración para que los posibles familiares no queden totalmente al margen del cuidado del incapaz» (Consulta 2/1998, de 3 de abril, sobre asunción de tutelas por personas jurídico-públicas, apartado VI).

[43] A este respecto, SARDINA VENTOSA («Un punto de vista desde las entidades tutelares de personas con trastorno mental grave», en VV.AA., *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* —coords.: PÉREZ DE VARGAS y PEREÑA VICENTE—, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2011, págs. 435 y 436) apunta que si las entidades públicas se «empecinan en asumir también la tutela (...) ordinaria» quedarán «en primera línea ante una avalancha de solicitudes de incapacitación judicial y consiguiente asunción de cargos». Es más, a juicio del citado autor, incluso «la constitución de un ente público tutelar es directamente proporcional al aumento de las incapacidades».

[44] Junto con lo expuesto en el texto, la nueva regulación habría de resolver también la falta de coordinación existente entre los artículos 234, 235 y 239.3 del Código Civil. En efecto, tanto en el artículo 235 del Código Civil como en el 239 del Código Civil se prevé una regla subsidiaria para cuando no son nombrados como tutor las personas mencionadas en el artículo 234 del Código Civil, sin establecerse ningún tipo de jerarquía entre ambas normas.

[45] El artículo 3.7 del EOMF indica que *«para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal: (...) 7. Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación».*

[46] Así se viene realizando, por ejemplo, en el Instituto Almeriense de Tutela (cfr. FÁBREGA RUIZ, «Aproximación a la crisis de los modelos clásicos de guarda de incapaces», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal,* tomo VII, Madrid, 1998, pág. 140).

[47] Sobre este punto, vid. la Disposición Final 1.ª de la Ley 1/2009 (cfr. nota núm. 17).

[48] De acuerdo con el artículo 274 del Código Civil, el juez puede establecer, atendiendo a la capacidad económica del tutelado y a las funciones que desempeñe el tutor, la remuneración que este podrá recibir; cantidad que podrá ser variada por aquel si se alteran las circunstancias. Ahora bien, en la práctica, y con fundamento en que se trata de un «servicio público», tal retribución no se establece nunca a favor de una entidad jurídico-pública que ejerza la tutela; ni siquiera aun cuando el patrimonio del tutelado sea muy cuantioso.

[49] A este respecto, el artículo 759 LEC únicamente señala como audiencias preceptivas en el procedimiento de nombramiento de tutor —si tal nombramiento se solicitó en la demanda— las de *«los parientes más próximos del presunto incapaz»,* la de *«este, si tuviera suficiente juicio»,* y la de *«las demás personas que el tribunal considere oportuno»,* sin que se establezca como audiencia obligatoria la del futuro tutor —en nuestro caso, una persona jurídica—. Sobre esta cuestión ha habido jurisprudencia contradictoria: a favor de exigirse tal audiencia, vid., por todas, la SAP de Soria, de 22 de abril de 2009 *(JUR* 2009/257864); en contra, vid. la SAP de Sevilla, de 8 de febrero de 2008 *(JUR* 2008/370700), y la SAP de Segovia, de 31 de marzo de 2006 *(AC* 2006/1476).

(Trabajo recibido el 5-3-2013 y aceptado para su publicación el 18-6-2013)

La problemática derivada del otorgamiento de testamento por personas ancianas*

The problems arising from the granting of testament by elderly people

por

DRA. BEATRIZ VERDERA IZQUIERDO
Profesora Titular de Universidad de Derecho Civil.
Universidad de las Islas Baleares

RESUMEN: El presente artículo aborda un tema sumamente problemático en la práctica jurídica como es la nulidad testamentaria derivada del deterioro o falta de capacidad de personas ancianas que les dificulta o impide expresar su última voluntad. La importancia y oportunidad del tema justifican su estudio en una sociedad con una creciente población anciana.

ABSTRACT: This article addresses a very thorny issue in legal practice, testamentary invalidity stemming from an elderly person's difficulty or inability to express his or her last will due to a lessening of capacity or complete loss of capacity. The importance and timeliness of the issue justify greater study in a society with a growing elderly population.

* Este trabajo es uno de los resultados científicos del Proyecto de investigación I+D, «El principio de igualdad ante el Derecho Privado» (DER2010-18053), cuya investigadora principal es la doctora Beatriz VERDERA IZQUIERDO.

PALABRAS CLAVE: Testamento. Nulidad. Capacidad.

KEY WORDS: Will. Invalidity. Capacity.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CAPACIDADES INTELECTUALES Y VOLITIVAS: 1. PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD. 2. COMPROBACIÓN DE CAPACIDAD POR EL NOTARIO: 2.1. *Requisito formal.* 2.2. *Presunción* iuris tantum. 2.3. *Se debe atender al momento del otorgamiento.* 2.4. *Concepto de cabal juicio.*—III. INCAPACIDAD DE TESTAR, DISCAPACIDAD Y FALTA DE AUTONOMÍA: 1. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO. 2. SUPUESTOS CONCRETOS: 2.1. *Supuestos de sordera.* 2.2. *Supuestos de Alzheimer.*—IV. EL APODERAMIENTO PREVENTIVO, LA FIGURA DEL ASISTENTE Y LA AUTOTUTELA.

I. INTRODUCCIÓN

Iniciaremos el presente estudio haciendo referencia a un artículo publicado en el periódico *El Mundo* en relación a la enfermedad de Alzheimer: «España envejece. Aproximadamente uno de cada cinco españoles ha cruzado el umbral de los sesenta y cinco años. La razón de este cambio demográfico es doble, por un lado, la natalidad disminuye, con un índice de fecundidad de 1,38 hijos/mujer, que está por debajo del nivel del 2,1 necesario para mantener el relevo generacional. Por otro lado, nos morimos más tarde. Actualmente nueve de cada diez españoles sobrepasa el umbral arriba indicado, cuando hace un siglo solo llegaban unos tres.

Idealmente deberíamos vivir más y mejor, pero la realidad es que el envejecimiento va asociado con un aumento descomunal de las tasas de morbilidad y discapacidad. Así que hemos cambiado el morirnos por el vivir con una mala salud; en compañía de enfermedades crónicas degenerativas que, como huéspedes no deseados, se han afincado en nuestra sociedad. De todas ellas, quizá las que más ansiedad producen son las relacionadas con la discapacidad mental»[1].

En las siguientes páginas vamos a adentrarnos en la necesidad de concretar medios para comprobar la capacidad testamental *(testamentifactio activa)* en personas de edad avanzada que pueden padecer una demencia senil o cualquier otra enfermedad que les dificulte o impida expresar su última voluntad a los efectos de otorgamiento de testamento.

El Código Civil parte de una presunción de capacidad del testador, la cual deberá ser desvirtuada en tanto se pretenda declarar la nulidad del testamento[2]. En los tiempos actuales la esperanza de vida crece paulatinamente, lo que conlleva que personas mayores o ancianas lleguen a la vejez en determinadas condiciones no del todo saludables desde el punto de vista intelectual y volitivo.

Esto puede conllevar que personas cercanas pretendan coadyuvar o cercenar su voluntad con el objeto de heredar el patrimonio del testador.

Tal como determina el Código Civil, el notario tiene que realizar un juicio de valor sobre la capacidad del testador, lo que en ocasiones es sumamente dificultoso debido a determinadas dolencias como la demencia senil que, en principio, no incapacita para testar pero, si se pudiese demostrar que tiene determinada magnitud, sería factible anular el testamento. Un sujeto de edad avanzada o anciano puede padecer una senilidad fisiológica o vejez, que se debe diferenciar de una demencia senil, en estos supuestos, en tanto no haya sido incapacitado judicialmente no se debe considerar *a priori* que esté incapacitado para testar.

Todo ello nos lleva a manifestar que tal como tenemos una edad mínima a partir de la cual se considera que la persona dispone de plena capacidad de obrar, si no se establece lo contrario, también sería conveniente concretar una edad límite máxima para realizar determinados actos con trascendencia jurídica, como podría ser un testamento, edad a partir de la cual (por ejemplo, en torno a los ochenta y cinco o noventa años) se requiriese un determinado examen neurológico.

II. CAPACIDADES INTELECTUALES Y VOLITIVAS

En sede testamentaria, a falta de prueba en contrario rige el artículo 662 del Código Civil: «Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente», es decir, una presunción derivada del principio *pro capacitate*. Si acudimos a la teoría general de los negocios jurídicos, se parte del principio de conservación de todo negocio jurídico y de la presunción de capacidad, con el objeto de mantener su validez ante casos de dudosa eficacia. El referido principio tiene su paralelo en sede testamentaria en el principio general romano *favor testamenti,* donde cobra —si cabe— un mayor sentido al no ser posible la revocación una vez que *post mortem* despliega su eficacia.

Ahora bien, a pesar de que debemos partir de estos dos conceptos *(pro capacitate y favor testamenti)* también es cierto que los avances médicos en los últimos tiempos han sido espectaculares y determinadas ciencias hoy en día básicas para detectar problemas mentales no se habían desarrollado en 1889 (año de promulgación del Código Civil) como puede ser la neurología, la neuropsicología o la psicología forense. Por consiguiente, a día de hoy, el mundo jurídico se debería interrelacionar con dichas ciencias para poder obtener pronunciamientos, juicios o valoraciones totalmente fundadas impidiéndose con ello ulteriores recursos.

El artículo 663.2 del Código Civil, según las reglas de capacidad testamentaria, establece: «Están incapacitados para testar: 2.º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio».

El artículo 200 del Código Civil determina las causas de incapacitación de forma abierta, en cambio, en sede testamentaria, la incapacidad para testar es si cabe más amplia porque no solo se refiere a los que persistentemente están incapacitados por sentencia judicial, sino también a los que lo están «accidentalmente». La concreta sentencia de incapacitación determinará «la extensión y límites» (art. 760 LEC) de dicha incapacitación. Aunque nos podemos encontrar ante supuestos en que la sentencia no incapacite expresamente para testar, en tal caso, se aplica el artículo 665 del Código Civil: «Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamientos acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad».

En el supuesto contrario, si la propia sentencia incapacita expresamente para testar, puede ser que el sujeto se encuentre en un intervalo lúcido durante el cual, de acuerdo con el criterio del notario, podrá otorgar testamento.

El Tribunal Supremo se decanta por la incapacidad para testar en casos como la enfermedad de Creutzfeld-Jacob (o coloquialmente conocida como «de las vacas locas»), STS de 22 de junio de 1992 *(RJA* 5460), STS de 27 de junio de 1977 *(RJA* 3019), trombosis cerebral o, en casos de oligrofenia, STS de 11 de diciembre de 1962 *(RJA* 5063). También se aprecia como incapacidad testamentaria los supuestos de depresión, STS de 1 de octubre de 1991 *(RJA* 3908); esquizofrenia leve, STS de 7 de octubre de 1982 *(RJA* 5545); los graves padecimientos físicos, STS de 27 de enero de 1998 *(RJA* 394); las taras o antecedentes hereditarios, STS de 10 de abril de 1944 *(RJA* 533); las meras excentricidades de carácter o neurastenias, la situación maníaca o de ateroesclerosis en que se puede encontrar el testador, el ser el testador una persona extravagante, la incultura…[3].

1. Presunción de capacidad

Se debe partir de la presunción de capacidad testamentaria que nos sitúa ante el artículo 662 del Código Civil: «Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente». Se parte del principio *pro capacitate* por lo que en tanto no esté expresamente determinada la incapacidad del sujeto se mantiene la validez del testamento de acuerdo con el artículo 665 del Código Civil: «Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad». Tal principio, como ya hemos mencionado, se debe conjugar con otro como es el *favor testamenti,* artículos 664 y 666 del Código Civil.

El artículo 662 del Código Civil parte de la capacidad como situación de hecho, quien pretenda negarla deberá probarlo de forma inequívoca y concluyente, no siendo posible basarse en simples presunciones o conjeturas. Por el contrario, en el siguiente artículo se aborda una situación jurídica de incapacidad que se deberá desvirtuar por el dictamen de los facultativos. Si se otorga el negocio jurídico testamentario se procederá a su anulación, en cambio, en el otro caso partimos de una situación de inexistencia de negocio por falta de capacidad del sujeto al otorgarlo[4].

En tal sentido se pronuncia la STS de 13 de octubre de 1990 *(RJA* 7863): «presunción *iuris tantum* que se ajustan a la idea tradicional del *favor testamenti* y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insania mental —sentencias de 25-4-59 *(RJA* 1974) y 7-10-82 *(RJA* 5545)—, así como que la aseveración notarial respecto de la capacidad del otorgante del testamento adquiere una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una presunción *iuris tantum* de aptitud que solo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario —sentencias de 25-3-57 *(RJA* 1181), 16-4-59 *(RJA* 1552), 7-2-67 *(RJA* 550), 21-6-86 *(RJA* 3788), 10-4-87 *(RJA* 2549)— con arreglo a cuya doctrina parece evidente que la carga de la prueba de la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento del testamento cuestionado corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad».

Tal como establece la STS de 26 de abril de 2008 *(RJA* 289): «la jurisprudencia ha mantenido reiteradamente la necesidad de que se demuestre "inequívoca y concluyentemente" la falta de raciocinio para destruir la presunción de capacidad para testar (sentencia de 27 de noviembre de 1995, *RJA* 8717) y que "la incapacidad o afección mental ha de ser grave… no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas" (sentencias de 27 de enero de 1998, *RJA* 552; 12 de mayo de 1998, *RJA* 3570; 27 de junio de 2005, *RJA* 9688) asimismo, que la presunción de capacidad, *favor testamenti,* "cabe ser destruido por medio de prueba inequívoca, cumplida y convincente en contrario" (sentencia de 19 de septiembre de 1998, *RJA* 6399)».

En determinadas ocasiones no es posible demostrar la demencia senil del testador anciano, tal como ocurre con los hechos alegados en la STS de 27 de enero de 1998 *(RJA* 394). Otras sentencias que abordan tal cuestión son la STS de 19 de septiembre de 1998 *(RJA* 6399), por la que se pretendía la declaración de nulidad de un testamento otorgado por una anciana interna en un centro psiquiátrico, concretamente en el «Instituto de Investigaciones Neuropsiquiátricas doctor López Ibor, S. A.», ante un notario de Madrid, que vio refrendado su comprobación de capacidad por el diagnóstico por parte de tres facultativos del centro. Si bien, el Tribunal Supremo considera que debido a la complejidad del testamento emitido, dicha persona no disponía de testamentifacción activa. En un sentido similar se pronuncia la STS de 31 de marzo de 2004 *(RJA* 1717).

Para destruir la presunción *iuris tantum* habrá que presentar pruebas contundentes como certificados médicos y testimonios que pongan realmente de manifiesto la situación de demencia aguda o la concreta enfermedad que impide la realización de la declaración de voluntad que comporta el testamento. Todo ello debido a que la comprobación de capacidad por parte del notario como autoridad viene revestido por un halo de certeza.

Al respecto es interesante la STS de 27 de noviembre de 1995 *(RJA* 8717), por la que se declaró la nulidad del testamento al demostrarse la falta de capacidad de la anciana y por consiguiente, destruirse la presunción *iuris tantum*. Pero no por el hecho de la senilidad o ancianidad de la testadora que la Sala diferencia de los supuestos de demencia senil, sino porque se presentaron toda una serie de pruebas por las que se constataron que la anciana había mantenido una determinada relación con sus familiares a lo largo de su vida y, en el momento de otorgar testamento varió de forma incongruente su parecer.

Ante dicho pronunciamiento se han mostrado voces discordantes[5] que consideran que el hecho de que la testadora modifique su voluntad no tiene —necesariamente— que significar que no disponga de capacidad testamentaria, porque puede ocurrir que tal cambio de parecer sea debido a circunstancias ocurridas en los momentos previos al otorgamiento del testamento que supongan un cambio en su voluntad. Aunque, en cualquier caso, habría que examinar detenidamente el supuesto particular para poder llegar a una conclusión fundamentada.

2. Comprobación de la capacidad por el notario

El notario debe comprobar si el testador dispone de capacidad para testar, siendo responsable de tal apreciación. Partiendo de la capacidad jurídica que corresponde a todo sujeto dotado de personalidad, se deberá determinar si dispone de capacidad natural, de entender y querer, y por consiguiente de autogobierno que le permita otorgar la disposición testamentaria. El sujeto debe tener las facultades cognoscitivas y volitivas adecuadas para poder saber la trascendencia del acto que están realizando.

Todo ello de acuerdo con el artículo 685.1 *in fine* del Código Civil y el artículo 696 *in fine* del Código Civil: «También deberá el notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar» y el artículo 707.4 del Código Civil: «Sobre la cubierta del testamento extenderá el notario la correspondiente acta de su otorgamiento, …dando fe de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento».

El artículo 685.2 del Código Civil remite a los artículos 700 y 701 que se refieren, respectivamente, a dos tipos de testamentos comunes abiertos, como son el testamento en peligro de muerte y en caso de epidemia: «los testigos tendrán la obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad».

El referido artículo 685 del Código Civil fue objeto de nueva redacción por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de reforma del Código Civil, con anterioridad su tenor era el siguiente: «También procurarán el notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar». Se comprueba que se concretaba una exigencia más laxa, por parte del notario y testigos, «procurarán asegurarse» frente al actual «deberá asegurarse». Por consiguiente, se produjo un cambio en la redacción, retomándose de esta manera la primera edición del Código Civil[6]. Se establece que el notario deberá asegurarse de la capacidad, de forma imperativa, pues le obliga y compromete, adquiriendo mayor preponderancia, toda vez que ha de emitir un juicio jurídico y controlar debidamente las condiciones que presenta el testador, que necesariamente ha de relacionar con la mayor o menor complejidad del testamento. Ahora bien, no se especifica la manera o los medios que deberá utilizar el notario para comprobar tal capacidad.

La STS de 18 de mayo de 1998 *(RJA* 3376) se refiere a un testamento realizado antes de la reforma de 1991: «El giro "procurarán asegurarse", que sustituye la expresión "deberán asegurarse", que aparecía en la redacción originaria del artículo, se interpreta en el sentido de que no se exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza, ni la intervención de facultativos». La intervención de facultativos solo será precisa en los casos del artículo 665 del Código Civil. En igual sentido, la STS de 25 de marzo de 1940 *(RJA* 198), y la STS de 19 de septiembre de 1998 *(RJA* 6399): «El texto legal utiliza el vocablo procurar, que equivale a intentar, tratar o hacer esfuerzo de atención y diligencia, que no exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza ni intervención facultativa (sentencias de 25 de marzo de 1940, *RJA* 198 y 21 de junio de 1986, *RJA* 3788)». Así, el término procurar otorga una mayor laxitud y falta de certeza de tal hecho, lo que puede conllevar la exoneración de responsabilidad por parte del notario.

Como manifestó VELASCO[7]: «entre todos los problemas que plantea al notario la autorización de un instrumento, ninguno es de tanta importancia y trascendencia como la apreciación de la capacidad de las personas que en ellos han de intervenir, a tal extremo que, fijada aquella, el resto no suele ofrecer dificultades o las presenta de escaso valor».

Por ejemplo, por la SAP de Córdoba de 11 de julio de 2013 *(JUR* 332012) se declara la nulidad del testamento por falta de capacidad y se desvirtúa el superficial juicio de capacidad realizado por el notario que únicamente se aseguró de que sabía firmar.

Si ha recaído sentencia de incapacidad que concreta la capacidad para testar, no será necesaria la aseveración de la capacidad por parte del notario. La sentencia puede que no se pronuncie expresamente sobre la capacidad o falta de capacidad para testar, en este segundo caso se ha considerado tal pronunciamiento como una limitación que alcanzaría a la autonomía del sujeto y a sus derechos fundamentales[8]. De acuerdo con el tenor literal del precepto, se

cuestionó si en el mismo tienen cabida los incapaces de hecho, si bien, a partir de su redacción, se ha manifestado que solo abarca a los incapacitados mediante sentencia judicial[9].

En el caso de personas ancianas es conveniente que dicha comprobación de capacidad se realice con el testador a solas, sin que intervengan terceras personas o familiares que puedan con su actuación interferir en dicha exploración[10]. Asimismo puede contar con la ayuda de facultativos o expertos sobre el particular, si bien, el juicio último y la responsabilidad recae sobre el notario a quién la ley le exige expresamente dicha apreciación.

2.1. *Requisito formal*

Al fedatario público se le exige una apreciación subjetiva o simple testimonio de la capacidad del testador, la cual deberá hacer constar en el instrumento público. A través del consentimiento, el testador plasmará en el acto de otorgamiento su última voluntad con lo que se perfeccionará el negocio jurídico testamentario[11], una vez que el notario haya emitido su juicio[12] o calificación de capacidad necesaria al otorgar cualquier negocio jurídico.

Debe constar que se ha producido dicha aseveración o comprobación de capacidad, en caso contrario, el testamento es nulo por defecto de forma. El Reglamento de Organización y Régimen del Notariado aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, en su artículo 167 establece: «El notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate».

A su vez, se debe relacionar dicho precepto con el artículo 156 del Reglamento Notarial, el cual entre los requisitos de la comparecencia de cualquier escritura notarial en el apartado 8.º concreta: «la afirmación, a juicio del notario y no apoyada en el solo dicho de los otorgantes, de que estos tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera». En cambio, la Ley Orgánica del Notariado de 1862 no recoge tal exigencia, aunque por la Instrucción de 12 de junio de 1861, reformada por la Instrucción de 9 de noviembre de 1864, ya se contemplaba tal requisito: «Los escribanos harán constar en toda escritura la capacidad legal de los otorgantes para celebrar el acto o contrato a que se refieran, expresando las circunstancias que según los casos determinen dicha capacidad».

El notario deberá «asegurarse de que, a su juicio» (art. 685 CC), en tal caso no se le podrán exigir responsabilidades por dicha apreciación, juicio o calificación[13] si en el correspondiente documento plasma tal comprobación, habiendo cumplido de este modo con las formalidades que le exige la ley.

Se le podrá exigir responsabilidad profesional en tanto actúe culposamente, no por un mero error, en este sentido se expresa IZQUIERDO TOLSADA[14]: «siendo la actividad diligente el auténtico objeto de la obligación de medios, es la culpa, y no el error, lo que genera el incumplimiento. O, si se prefiere, el error, para dar origen a la responsabilidad ha de ser fruto de la culpa, de no haberse adoptado las cautelas exigibles».

Al notario con los sujetos perjudicados por su actuar, no les une una relación contractual, por tanto, tal actuación se calificará como responsabilidad civil extracontractual de acuerdo con el artículo 1902 del Código Civil. En otros supuestos se podrá instar o solicitar la apertura de un expediente de corrección disciplinaria, «mientras que la responsabilidad del notario solo puede exigirla quien ha sufrido el daño, este es, el beneficiario de la disposición testamentaria anulada, la apertura del expediente de corrección podrían también solicitarla aquellos parientes abintestato o las personas favorecidas en un testamento anterior al que se declara nulo»[15].

La STS de 30 de septiembre de 1901 (J. Civil, T. 92, núm. 59, pág. 204) manifestó que el deber de aseveración, por parte del notario, se cumplía cuando este y los testigos daban fe de conocer de antemano al testador.

Todo ello nos sitúa ante el artículo 705 del Código Civil: «Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables», y artículo 715 del Código Civil para el testamento cerrado[16].

En caso contrario podrá decretarse la nulidad por defectos formales, STS de 25 de junio de 1990 (4892). Únicamente se le exige que ponga todos los medios que estén en sus manos para apreciar dicha situación, como establece DE ALFONSO[17], «la fe pública no se extiende a la verdad intrínseca de las declaraciones que en torno a la capacidad del testador se efectúen».

En tanto el notario efectúe todas las exigencias que debe cumplir, con posterioridad se podrá decretar la nulidad del testamento porque se demuestre la falta de capacidad del otorgante, pero no por la ausencia de las formalidades requeridas al notario, exonerándose de este modo de responsabilidad.

2.2. *Presunción* iuris tantum

La aseveración de capacidad por parte del notario o testigos, en su caso, constituye una presunción *iuris tantum,* que podrá ser desvirtuada por el sujeto que pretende alegar la falta de capacidad del testador. Estas declaraciones o comprobaciones realizadas por personas no peritas en la materia se configuran como una mera medida de prevención, que no impide que esa apreciación pueda

ser posteriormente impugnada mediante testimonios de las personas cercanas al testador en la época de otorgar testamento, por el contenido del testamento o por distintos informes periciales.

En relación a este apartado cabe transcribir parte de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de enero de 1992:

«a) la declaración notarial sobre la capacidad del otorgante no asegura de forma indubitada e incuestionable que tal juicio se corresponda con la realidad mental;

b) una eventual declaración judicial, apreciando el defecto de capacidad, no implica necesariamente que el notario haya incurrido en responsabilidad, por cuanto este se limita a emitir un juicio, no una declaración de verdad, y la fe pública solo ampara la declaración de que tal parecer ha sido formulado;

c) todo ello no obsta a que quede abierta la posibilidad de incoar un expediente disciplinario para el caso de que se formule tal declaración judicial, siempre que de ella resulte no solo la inexactitud del juicio de capacidad, sino que ese juicio fue debido a una incorrecta actuación notarial».

Cabe recalcar la importancia de dicha comprobación de capacidad, al sustentarse sobre la misma la declaración de voluntad del testador, siendo este un elemento esencial de todo negocio jurídico. Se trata de una presunción *iuris tantum*[18] de capacidad que puede ser destruida si se demuestra por parte de quien promueve la nulidad del testamento dicha falta de capacidad, mediante una prueba cualificada porque tal como se recoge jurisprudencialmente la aseveración de capacidad por parte del notario tiene una especial trascendencia, la cual ha sido cuestionada por parte de la doctrina[19]. Esta idea la encontramos en la STS de 18 de marzo de 1988 *(RJA* 2214): «la manifestación del notario o autorizante del testamento, en orden a la capacidad testamentificadora del otorgante, dado el prestigio y seriedad de la institución notarial, adquiere especial relevancia, constituyendo una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud, que solo puede destruirse mediante prueba en contrario».

En cualquier caso, se debe tener en cuenta la dificultad de emitir un juicio de capacidad de personas, en muchos casos, ancianas que se encuentran en una situación límite de capacidad[20].

Al respecto la STS de 5 de noviembre de 2009 *(RJA* 84)[21] puntualiza que: «El notario debe apreciar la capacidad del testador, pero este no es un juicio definitivo, puesto que la jurisprudencia de esta Sala ha venido manteniendo la posibilidad de destruir la presunción de capacidad que se deriva de las afirmaciones notariales, porque se trata de una presunción *iuris tantum».*

La STS de 21 de noviembre de 2007 *(RJA* 8119): «es carga de la parte que impugna el testamento probar que se hallaba en su cabal juicio, y la aseveración

notarial sobre su capacidad adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella se ha de pasar, mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial su incapacidad, destruyendo la enérgica presunción *iuris tantum* que origina la susodicha aseveración notarial». Y la STS de 10 de noviembre de 1969: «El documento público hace fe únicamente del hecho que motiva su otorgamiento y de su fecha, pero no de la verdadera capacidad de los otorgantes».

El artículo 421-7 del Código Civil de Cataluña referente a la Identificación y juicio de capacidad del testador: «El notario debe identificar al testador y debe apreciar su capacidad legal en la forma y por los medios establecidos en la legislación notarial».

Dicho precepto se debe relacionar con el artículo 421-9 CCCat.: «Intervención de facultativos. 1. Si el testador no está incapacitado judicialmente, el notario debe apreciar su capacidad para testar de acuerdo con el artículo 421-7 y, si lo considera pertinente, puede pedir la intervención de los facultativos, los cuales, si procede, deben certificar que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo». El notario está simplemente facultado para recabar la presencia de los facultativos, sin que esté obligado a ello, aunque de acuerdo con el tenor del precepto para evitar futuras impugnaciones recabará en muchas ocasiones el apoyo de los facultativos.

2.3. *Se debe atender al momento del otorgamiento*

A los efectos de concretar la validez de la declaración de voluntad se debe atender *ex* artículo 666 del Código Civil: «Únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento». Tal precisión también es regulada en los artículos 663 y 664 del Código Civil, en particular este último concreta la validez del testamento realizado antes de la enajenación mental.

Dichos preceptos proceden del Derecho Romano donde se diferenciaba la *testamentifactio* en el momento del otorgamiento y en el momento de la muerte[22]. Una vez suprimido este doble requisito, pero como una reminiscencia del pasado se recalca dicha idea en el actual Código Civil, de ahí su reiteración en distintos preceptos. ALBALADEJO[23] manifiesta que el «espíritu del artículo 666 es prescindir del estado en que se halle el testador al morir».

Tal como ya establecía SÁNCHEZ ROMÁN[24], «la capacidad en todo caso habrá de apreciarse atendiendo únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento… la teoría de los intervalos lúcidos es justa en cuanto respeta la soberanía de la voluntad en cualquier momento en que exista, pero muy expuesta a fraudes». Todo ello conlleva que si con posterioridad a la apertura del testamento se tuviese que impugnar el mismo por una cuestión de capacidad, se debería atender al momento en que se ha otorgado, resultando tal prueba en la práctica sumamente dificultosa debido al lapso de tiempo transcurrido y

porque se precisa jurídicamente una certeza del deterioro cognitivo que en la mayoría de ocasiones, ante personas ancianas, se basa en meras conjeturas[25].

La jurisprudencia reiteradamente manifiesta que la comprobación de dicha capacidad se trata de una cuestión de hecho que se debe examinar en el momento del otorgamiento: STS de 21 de abril de 1965 *(RJA* 2282); STS de 26 de mayo de 1969 *(RJA* 2862); STS de 7 de octubre de 1982 *(RJA* 5545); STS de 26 de septiembre de 1988 *(RJA* 6860); STS de 5 de noviembre de 2009 *(RJA* 84): «…la capacidad del testador es una cuestión de hecho que debe examinarse en relación al momento de otorgarse testamento, aunque ciertamente pueden utilizarse para ello las circunstancias generales de la persona en su vida habitual». Y la STS de 1 de junio de 1994 *(RJA* 4567) establece: «…lo interesante y trascendente son las condiciones físicas en el momento de otorgar el testamento… y la prueba de que el testador no se hallaba en su cabal juicio no deberá dejar margen a la duda…».

A consecuencia del carácter constitutivo de la declaración de incapacidad, si se otorga un testamento y ulteriormente se produce la declaración de incapacidad de dicha persona, ello no comporta el decaimiento del mismo, en este sentido se expresan las SSTS de 20 de febrero de 1975 *(RJA* 661) y 24 de febrero de 1981 *(RJA* 605). Por ejemplo, la anteriormente citada STS de 13 de octubre de 1990 *(RJA* 7863) recoge un supuesto de demencia senil que aconteció con posterioridad al otorgamiento del testamento, por lo que no tiene trascendencia alguna para la validez del mismo. Al igual que la SAP de Madrid de 15 de enero de 2013 *(JUR* 68198) y SAP de Barcelona, de 27 de julio de 2010 *(AC* 1515).

En determinados casos si se produce la proximidad entre el otorgamiento del testamento y la sentencia de incapacitación, tal hecho puede ser significativo y servir como indicio para declarar posteriormente su nulidad. La STS de 19 de septiembre de 1993 *(RJA* 6399), al tratar sobre el artículo 663 del Código Civil establece: «El precepto se ha de aplicar no solo a quien por resolución judicial ha sido declarado incapaz (sentencia de 22 de junio de 1992, *RJA* 5460), sino también a los afectados de una incapacidad de hecho suficientemente demostrada, que es el caso de autos, ya que doña Salomé P. P. fue declarada incapaz a medio de Auto de 9 de julio 1981 —posterior a la fecha del otorgamiento de su disposición de última voluntad—, pero la proximidad temporal también es significativa, en cuanto a que la anomalía mental ya existía, pues cuando se incoa el procedimiento judicial, evidentemente se parte de la concurrencia de un presencial y exteriorizado estado anómalo mental y no se ha de esperar a que durante el *iter* del proceso aquel tenga que manifestarse necesariamente».

2.4. *Concepto de cabal juicio*

La idea de «cabal juicio» alude al hecho de tener plenas facultades de entender y querer, es decir, disponer de testamentifacción activa, de discernimiento, de capacidad natural. El testador debe tener conocimiento y plena conciencia de la relevancia y trascendencia del acto que está realizando.

El legislador en la Sección Primera del Código Civil (arts. 662 a 666 CC) utiliza diferentes conceptos como son: «cabal juicio» (art. 663.2); «enajenación mental» (art. 664) e «incapacitado» (art. 665), siendo estos dos últimos conceptos más concretos.

Antes de la reforma del artículo 665 del Código Civil por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, dicho precepto hacía alusión expresa a los dementes, por lo que únicamente tenían cabida en el supuesto de hecho las enfermedades de la mente: «Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido». En la actualidad, se ha ampliado el concepto al «incapacitado» y no se hace referencia a intervalo lúcido sino a «pretenda otorgar testamento», si bien, en la práctica se sigue utilizando el referido término con el objeto de comprobar su operatividad.

Sobre la idea de cabal juicio, podemos citar la STS de 19 de septiembre de 1998 *(RJA* 6399): «El artículo 663 del Código Civil emplea la expresión cabal juicio, y el 664 la explica al referirse a la enajenación mental, y si bien aquella no puede resultar técnicamente afortunada, sí resulta lo suficientemente expresiva en cuanto autoriza una amplitud interpretativa para abarcar a todas las personas incapaces de gobernarse por sí mismas (art. 200 del CC). El precepto se ha de aplicar no solo a quien por resolución judicial ha sido declarado incapaz (sentencia de 22 de junio de 1992, *RJA* 5460), sino también a los afectados de una incapacidad de hecho suficientemente demostrada…».

En este sentido también es interesante la STS de 11 de diciembre de 1962 *(RJA* 5063): «la expresión cabal juicio está empleada sin precisión científica, pero con amplia comprensión práctica y aun cuando el término "cabal" es sinónimo de lo completo, justo, acabado y exacto y en el sentido no parece pueda predicarse de la salud mental y como la física raramente perfecta, también por "cabal" se entiende lo normal, en cuya acepción indudablemente la ley en este caso la emplea, refiriéndose a que el acto de testar reúna los requisitos propios del acto verdaderamente humano, caracterizado porque se realiza con inteligencia o conocimiento de su significado y alcance y con voluntad propia de querer, lo que con el mismo se persigue, voluntad que la falta de la inteligencia vicia de por sí, por no poderse querer verdaderamente lo que no es conocido; por ello, el estado patológico mental por vía de amencia o demencia impide al testador hallarse en ese cabal juicio».

Beltrán de Heredia[26] concreta que por cabal juicio «cabe comprender toda clase de perturbaciones psíquicas que alteren las facultades intelectuales del

sujeto y le impidan emitir una declaración de voluntad que tenga relevancia jurídica». Al respecto, establece toda una serie de precisiones: «1.º El número 2 del artículo 663 no especifica qué enfermedades o circunstancias son las que incapacitan para testar por falta de cabal juicio; 2.º …hay que incluir no solo las enfermedades mentales verdaderas y propias, sino también toda otra causa de alteración psíquica que impida un normal funcionamiento de las facultades de entender y querer; 3.º La falta de cabal juicio, sea cual fuere la causa que la origine, puede ser habitual o transitoria; 4.º …basta con que en el momento de la confección del testamento impida emitir una declaración de voluntad que tenga relevancia jurídica; 5.º Esta incapacidad… como un defecto o vicio de la voluntad; 6.º Debe existir en el momento de la confección del testamento; 7.º Mientras no se pruebe lo contrario, se presume la capacidad del testador; 8.º La prueba corresponde a quien alega la incapacidad y debe probar la existencia de esta en el momento de otorgar testamento».

Se ha venido cuestionando si los conceptos médicos se deben equipar a los jurídicos o, si cada uno de ellos debe discurrir por derroteros diversos. Se ha diferenciado entre la falta de capacidad no sustancial y la falta de capacidad absoluta. De Alfonso[27] concreta: «El testador precisa saber qué es un testamento y comprender la trascendencia del mismo, ver la oportunidad de su otorgamiento, efectuar un juicio valorativo de su patrimonio, rememorar a las personas que han formado parte de su círculo convivencial, enjuiciarlas en relación con su persona, establecer entre ellas un orden jerárquico señalado por valores afectivos y deseos retributivos, relacionar bienes y personas, siguiendo finalmente un acto volitivo y la emisión de su voluntad para materializarla».

No hallarse en su cabal juicio engloba no solo las situaciones que conllevan una declaración judicial de incapacidad, sino también las perturbaciones tanto permanentes como transitorias de anomalía psíquica que impiden entender y querer y que acontecen en el momento en que se pretende otorgar la declaración de última voluntad, no siendo necesario que se trate de una enfermedad declarada, por lo que tienen cabida los supuestos de embriaguez, drogadicción, estar en una situación de ira o delirio febril o bajo hipnosis… Si nos centramos en la figura de los ancianos hay que tener en cuenta que a determinadas edades es, en cierta forma, habitual pérdidas de reflejos o memoria. Pero, si el testador anciano tiene capacidad suficiente para poder distinguir nítidamente los sujetos y los motivos que le pueden llevar a testar en un sentido u otro, el testamento será válido.

Por tanto, con dicha expresión no solo se excluyen los sujetos que tengan algún tipo de demencia persistente sino también todos aquellos que transitoriamente no se encuentren en su «cabal juicio» por una causa transitoria como las que acabamos de mencionar[28]. Puig Ferriol[29] considera que alcanza «al enfermo mental, al deficiente mental, al que en el momento de testar se encuentre bajo influjo de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, en estado de delirio febril o arrebatado por una pasión desordenada al que pretendiera otorgar testamento

en estado de sonambulismo o hipnotismo, pues en ninguna de tales hipótesis el testador se hallará en su cabal juicio».

La STS de 4 de octubre de 2007 *(RJA* 7401) hace referencia al concepto de cabal juicio y al respecto establece: «…la situación de no encontrarse en su cabal juicio, conforme a la fórmula utilizada en el artículo 663 del Código Civil, no reduce su ámbito de aplicación a la existencia de una enfermedad mental propiamente dicha y prolongada en el tiempo, sino que engloba cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de conciencia y libertad y de la capacidad para entender y querer sobre el significado y alcance del acto y de lo que con el mismo se persigue (SSTS de 11 de diciembre de 1962 *[RJA* 5063] y 7 de octubre de 1982 *[RJA* 5545])». También utilizan el término «cabal juicio» las SSTS de 5 de mayo de 2011 *(RJA* 1101); 5 de noviembre de 2010 *(RJA* 84); 26 de abril de 2008 *(RJA* 2680) y 21 de noviembre de 2007 *(RJA* 8119), entre otras.

III. INCAPACIDAD DE TESTAR, DISCAPACIDAD Y FALTA DE AUTONOMÍA

Cuando nos situamos ante un testador anciano se debe diferenciar entre los casos en que han sido declarados incapaces, los de falta de capacidad para testar, los supuestos de discapacidad y la falta de autonomía o dificultad de comunicación del anciano. A su vez, se deben distinguir aquellos trastornos de índole física como falta de reflejos, reuma, lentitud de movimientos u otros achaques… propios de edad avanzada de aquellos otros padecimientos que sí pueden afectar a la capacidad de testar que se refiere, exclusivamente, a casos de trastornos psíquicos o mentales que nos situarían ante supuestos de pérdida de memoria, confusión entre los familiares… que se deberían analizar particularmente para poder comprobar su magnitud[30].

El notario deberá basarse en una serie de indicios derivados del acto del otorgamiento como puede ser el hecho que el anciano realice determinados actos no congruentes, la falta de memoria, la falta de ubicación temporal, el hecho de que el sujeto esté ingresado en un hospital ya sea, o no, psiquiátrico y, entre otros indicios, la concreta edad del testador, que también se deberá abordar de forma muy relativa ya que a edades avanzadas distintas personas pueden tener una capacidad muy diferente y, asimismo, se pueden experimentar cambios bruscos en poco intervalo de tiempo. A partir de todos estos datos emitirá su declaración en relación a la aptitud del testador para emitir su última declaración de voluntad. La SAP de A Coruña de 7 de febrero de 2014 *(AC* 332) establece

que el mero hecho de tener ochenta y cuatro años no supone una presunción de incapacidad.

Por ejemplo, por la STS de 27 de junio de 1977 *(RJA* 3019) se declara la nulidad del testamento otorgado por una mujer de setenta y nueve años, pero no por su ancianidad sino porque padecía trombosis cerebral progresiva e irreversible de la que falleció veinte días después de su internamiento: «mostrándose durante ese periodo de internamiento somnolienta, obnubilada y en tal estado de sopor que hacía imposible la exploración de su sensibilidad, porque su estado psíquico carecía de capacidad para responder, sin admisibilidad de intervalos lúcidos».

Asimismo, el notario deberá tener en cuenta la complejidad del testamento y no se puede pretender que un sujeto de edad avanzada realice determinados testamentos, en este sentido se pronuncia la STS de 19 de septiembre de 1998.

Otro factor que tienen en cuenta los Tribunales para anular un testamento, por falta de capacidad, es la complejidad del mismo, lo que puede llevar a exigir un plus de capacidad respecto a otro testamento más elemental.

En ningún caso se debe equiparar ancianidad o vejez con incapacidad, tal como ya manifestó la STS de 25 de octubre de 1928 (J. Civil, T. 185, núm. 131, pág. 532): «…ni el derecho ni la medicina consienten que por el solo hecho de llegar a la senilidad, equivalente a senectud o ancianidad, se haya de considerar demente al individuo… la experiencia demuestra y la historia ofrece múltiples justificaciones de este aserto, que personas que alcanzaron la edad que dicho señor tenía cuando otorgó el discutido testamento, aun bajo la influencia de las debilidades, con las melancolías y los padecimientos orgánicos que suelen acompañar a tal grado de longevidad, realizaron actos que son gloria para la humanidad, aprovechada de sus beneficios en todos los aspectos del saber; que por su mesurado y más reflexivo pensamiento, hacen más dignas de respeto las depuradas manifestaciones de la voluntad de los viejos no privados de razón». Sobre estas cuestiones se pronuncia el Tribunal Supremo por la sentencia de 27 de noviembre de 1995 *(RJA* 8717); STS de 27 de enero de 1998 *(RJA* 394); STS de 31 de marzo de 2004 *(RJA* 1717) y, entre otras, la SAP de Las Palmas de 17 de mayo de 2011 *(AC* 1410): «la juzgadora de instancia realiza el debido deslinde, en contra de lo sostenido en el recurso, entre la simple senilidad o senectud, como estado fisiológico, por un lado, y la demencia senil como estado patológico, por otro lado».

1. Vicios del consentimiento

Es habitual que en estos procesos en los que se demanda la nulidad del testamento se alega la incapacidad del testador anciano junto a un vicio del consentimiento (STS de 25 de marzo de 1957, *RJA* 1181, y STS de 16 de abril de 1959,

RJA 1552) porque, en ocasiones, se trata de personas mayores que conviven con determinados familiares y se les expone a presiones continuas debido a que son atendidos y cuidados y, por ello, tienen una dependencia ya sea afectiva o física con dichas personas o, son influenciados con el objeto de modificar su declaración de voluntad para que no otorguen testamento porque resultarían más favorecidos como herederos *ab intestado* o, para que no lleguen a otorgar nuevo testamento porque les beneficia el testamento anterior, captando o sugestionando de tal modo su voluntad.

Todas estas maquinaciones nos sitúan ante casos de dolo testamentario, que no serán tratados en el presente estudio debido a la amplitud del tema[31], si bien, como muestra al respecto se puede hacer referencia a diversas sentencias como la SAP de las Islas Baleares de 17 de abril de 2001 *(AC* 232), donde se declaró nulo el testamento otorgado por una anciana que padecía demencia senil y había sido otorgado influenciada por dos hijos adoptivos de su hermana y sus respectivas mujeres quienes, una vez conseguido su propósito, la habían ingresado en una residencia desentendiéndose de ella. La SAP de Sevilla, de 8 de mayo de 2000 *(AC* 2459), donde unos sirvientes con distintas artimañas hacen redactar a una anciana con las facultades cognitivas y volitivas muy afectadas un testamento, el cual es declarado nulo y pasan a heredar sus cuatro sobrinos carnales; dos sentencias de la AP de Orense, de 30 de enero de 2002 *(AC* 663 y 75001), en ambas se trata de cuestiones de vicios de la voluntad, pero no se llega a acreditar la captación de voluntad por maquinaciones insidiosas del heredero beneficiado; SAP de Alicante, de 5 de septiembre de 2001 *(AC* 4094), por lo que se declara nulo un testamento otorgado en el domicilio del enfermo donde se constituyen como testigos la madre y hermana de la abogada presente en el acto de otorgamiento.

Determinadas actuaciones dolosas serán calificables como vicio de consentimiento, aunque otras, como un simple ruego o insinuación no se apreciaría como dolo testamentario porque el anciano sigue siendo totalmente libre de acoger, o no, tal insinuación. En este sentido se pronuncia la SAP de León de 3 de noviembre de 2008 *(AC* 177): «…no se puede concluir que don Eusemio conviniera con su hermana doña Pilar en contra de su voluntad, ni que tuviera limitada su capacidad de movimientos y comunicación con otras personas, sino que se trataba de una persona que, a pesar de su limitación física (era sordo) era perfectamente capaz, sabía leer, llevaba las cuentas de sus actividades, se encontraba bien cuidado y atendido por su hermana doña Pilar en los últimos años de su vida, y decidió nombrarla heredera universal posiblemente en agradecimiento a los cuidados y atenciones recibidos, lo que puede parecer más o menos justo a los demás hermanos, pero resulta de todo caso legítimo como expresión de la libre voluntad del testador, no existiendo prueba alguna sobre la que sostener que actuó compelido o coaccionado por la demandada». Como se ha manifestado, «este tipo de disposiciones testamentarias cabe estudiarlas desde la perspectiva opuesta: pueden constituir un arma, un instrumento legítimo del anciano para ser atendido convenientemente en su vejez»[32].

2. Supuestos concretos

2.1. *Supuestos de sordera*

Determinados sujetos, consecuencia de su edad avanzada, padecen de hipoacusia[33] o sordera en mayor o menor medida, o dificultades del habla o de la escritura que les impide firmar el documento notarial y consecuentemente, otorgar su consentimiento. Se trata de personas que no están incapacitadas, pero padecen de cierta deficiencia que puede conllevar no entender o comprender correctamente la lectura del testamento que realiza el notario. En cualquier caso se verán favorecidos por la presunción de capacidad para testar. Sobre este tema se pronunció la STS de 18 de abril de 1916 (J. Civil, núm. 39), ante un supuesto de un sujeto que había padecido una hemiplejia y sufría una afasia pero estaba totalmente lúcido y con plena capacidad para entender y querer y por consiguiente, para saber la trascendencia del acto que estaba realizando.

Asimismo, la STS de 27 de diciembre de 1930 observó en un caso de sordera que: «la apreciación de la mayor o menor sordera del testador es una cuestión de hecho que tenían que saber los testigos del testamento, que nada dijeron acerca de ella, y además de la privativa competencia del Tribunal de Instancia, el cual la ha apreciado en sentido negativo en el séptimo de los considerandos de la sentencia del juez, que fue aceptado por la Audiencia y, por tanto, falta la base esencial para que pueda estimarse si el testador era habitualmente más o menos sordo de oído o enteramente sordo como exige el artículo 697, adverbio con el cual se ha querido denotar al que es sordo en absoluto en el momento de otorgar su última disposición testamentaria, sin que las afecciones de esa clase más o menos parciales o acentuadas y de relativa permanencia por causa accidental y pasajera puedan equipararse a lo requerido por la ley para exigir mayores requisitos de forma intrínseca que garanticen la validez del testamento, porque esta clase de preceptos es preciso interpretarlos como prohibitivos en forma restrictiva».

Por la STS de 24 de noviembre de 2004 *(RJA* 7554)[34] el Tribunal consideró que para la validez del testamento abierto era suficiente mostrar la conformidad con un simple movimiento afirmativo de cabeza, se trataba de un testador que no podía hablar ni escribir, pero quedó acreditada su lucidez. En igual sentido encontramos la STS de 30 de noviembre de 1991 *(RJA* 8582): «es suficiente que asienta al contenido leído del testamento mediante movimientos de cabeza, tan inequívocos en su significado e interpretación como un asentimiento manifiesto por medio de la palabra».

En estos supuestos se debe tener en cuenta la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas[35]. Al respecto, cabe hacer alusión a la Disposición Adicional segunda del Libro IV del Código Civil de Cataluña establece: «cuando la legislación notarial haga posible la utilización del Braille, la lengua de signos,

la lectura labial u otros medios técnicos o electrónicos para suplir la discapacidad sensorial que afecte a la comprensión oral, la lectura o la escritura, en el otorgamiento de documentos notariales deben aplicarse estos medios con los efectos establecidos por los artículos 421-8, 421-10.2 y 421-14.5 del Código Civil de Cataluña».

2.2. *Supuestos de Alzheimer*

La enfermedad de Alzheimer tiene distintas fases (fase inicial, media y avanzada o severa) por lo que si el sujeto que empieza a padecer dicha enfermedad otorga testamento, no por ello, se declarará nulo sino que nos situaremos ante una presunción de capacidad que podrá ser desvirtuada ulteriormente si se diere el caso. Cuestión diversa es en las fases avanzadas de la enfermedad donde será discutible la capacidad intelectual y volitiva del sujeto.

Al respecto, la SAP de las Islas Baleares, de 14 de febrero de 2011 *(AC* 404), no declara nulo un testamento a pesar de que el testador padecía Alzheimer, porque el mismo fue otorgado en una fase muy inicial de la enfermedad en la cual el sujeto estaba totalmente consciente y orientado: «La falta de capacidad del testador en el momento de otorgar testamento (art. 666 CC), debe quedar acreditada con rotundidad y creemos que la historia clínica, los informes médicos de febrero y marzo de 2008 y una pericial realizada sobre los mismos, por quien ni siquiera conoció a la persona objeto de la pericia, no cumplen con la exigencia exigida para destruir la presunción de capacidad. La descripción de los síntomas de una enfermedad progresiva no bastan».

Así, ante supuestos de demencia senil o Alzheimer habrá que comprobar en cada supuesto particular si pueden ocasionar la nulidad del testamento, tal es el caso de los hechos que recoge la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de marzo de 2012 *(AC* 732) y SAP de Valencia, de 26 de julio de 2011 *(JUR* 394812), en las que a pesar de acreditar la existencia de demencia senil o incluso Alzheimer no estiman la nulidad del testamento porque el testador disponía de las facultades adecuadas en el momento de su otorgamiento[36], al tratarse de una fase leve o moderada en la que el enfermo mantiene su autonomía y solo necesita ayuda en determinadas tareas complejas, y se ha entendido por parte de los Tribunales que un testamento no puede calificarse de acto complejo en tanto se realice una disposición simple de los bienes (SAP de Granada, de 26 de mayo de 2006, *AC* 2058). En todos estos casos nos situaremos ante un problema de prueba a los efectos de desvirtuar la presunción de capacidad demostrando la evolución e intensidad de la enfermedad.

La SAP de Las Palmas, de 17 de mayo de 2011 *(AC* 1410) declara la nulidad del testamento tras la pertinente valoración pericial y la constatación de la demencia de Alzheimer del testador en fase aguda o severa «en el momento

de otorgar el testamento… la testadora no estaba en condiciones de regir su persona y sus bienes, debido al déficit de las facultades psíquicas superiores, con una pérdida de la capacidad crítica y una influibilidad patológica desde los inicios del proceso». Al igual que la SAP de Cádiz, de 14 de noviembre de 2007 *(JUR* 165050); SAP de Barcelona, de 29 de septiembre de 2009 *(JUR* 491470); SAP de Madrid, de 10 de abril de 2010 *(JUR* 233853); SAP de Las Palmas, de 17 de mayo de 2011 *(AC* 1410); SAP de Madrid, de 23 de julio de 2011 *(AC* 2109); SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 11 de noviembre de 2011 *(JUR* 220491); SAP de Barcelona, de 19 de enero de 2012 *(RJA* 92309) y SAP de Granada de 22 de noviembre de 2013 *(AC* 2326), entre otras.

Como es sabido y hemos concretado en líneas anteriores, la comprobación de la capacidad corresponderá al notario autorizante, si bien, debido a los avances de la medicina y concretamente de la neurología, se podría establecer un «protocolo de actuación en el ámbito notarial ante situaciones previsibles —como es el deterioro cognitivo de los enfermos de Alzheimer— que garantizase la no instrumentalización de las personas mayores en el tráfico jurídico»[37]. Asimismo, el notario se podría valer de los avances en la neurología y utilizar determinados tests utilizados en dicha ciencia para cerciorarse de la capacidad, como es el test de *screning* o servirse de facultativos para concretar el nivel de deterioro cognoscitivo y volitivo del sujeto, especificando la fase en la cual se puede encontrar. De esta manera se debería concretar la necesidad de colaboración entre los notarios y los neurólogos a los efectos de comprobación de la capacidad en determinadas situaciones dudosas o, incluso, exigir a partir de una determinada edad, un informe neuropsicológico de las capacidades del sujeto, el cual se debería entregar al notario antes de poder realizar determinadas actuaciones con trascendencia jurídica.

En relación a la necesidad de realizar dichos tests en la propia notaría se ha considerado, por parte de la doctrina[38], que podría resultar violento para los sujetos aunque, se evitarían multitud de problemas e impugnaciones ulteriores.

IV. EL APODERAMIENTO PREVENTIVO, LA FIGURA DEL ASISTENTE Y LA AUTOTUTELA

De acuerdo con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 (Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad) por la que se propugna reiteradamente la igualdad y la no discriminación de las personas con algún tipo de discapacidad, en los últimos tiempos se impone la denominación expediente o procedimiento de revisión de la capacidad en lugar del procedimiento de incapacitación, debido a las connotaciones peyorativas o discriminatorias que conlleva esta última denominación.

A partir de los postulados de la Convención se pretende que la institución que cobre más relevancia sea una figura de apoyo o asistencia, en lugar del modelo implantado en España, que nos sitúa ante una sustitución en la toma de decisiones, en este sentido se pronuncia la STS de 29 de abril de 2009 *(RJA* 2901). Para ello, la medida de protección que mejor encaja en nuestro Ordenamiento con los propósitos de la Convención es la curatela.

Por ejemplo, en Alemania nos situamos ante el «Betreuung», en Italia ante el «Administratore di Sostengo» y en Francia ante el «Sauvegard de Justice», que son figuras que sirven para asistir a personas mayores en la toma de decisiones con trascendencia jurídica.

A estos efectos cabe destacar el acierto del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña referido a persona y familia (Ley 25/2010, de 29 de julio), por el que se crea la figura del asistente, artículo 226-1 a 226-7 y a su vez, el artículo 222-2 prevé la posibilidad de otorgar un poder en previsión de la pérdida sobrevenida de capacidad, de forma que las personas mayores que hayan previsto tal situación no quedarán sometidas a tutela si han nombrado un apoderado en escritura pública, aunque siempre en interés de la persona protegida se puede llegar a constituir una tutela de tal forma que se extinga el poder anterior. Así, el Preámbulo, epígrafe III, apartado *b)* establece: «…la incapacitación es un recurso demasiado drástico y, a veces, poco respetuoso con la capacidad natural de la persona protegida», por todo ello se crea la figura del asistente que servirá para proteger a las personas ante situaciones de menor envergadura como pueden ser los supuestos de vejez, enfermedades psíquicas, discapacidades o retraso mental leve, en que no será preciso acudir a un proceso de incapacitación. Por ello, se pretende acabar con la dualidad existente entre capaces e incapaces y se establece un *tertium genus* de personas en una fase intermedia protegidos por distintos instrumentos del Ordenamiento que nos sitúan ante instituciones con un control, ya sea administrativo o notarial, y por consiguiente, se apartan de la férrea judicialización de otras figuras que si bien, otorgan una gran seguridad jurídica debido al proceso del que emanan también tienen connotaciones muy desfavorables para los sujetos implicados y las familias.

Al respecto, cabe hacer referencia también a otro instrumento que se conoce como apoderamiento o mandato preventivo, recogida en el artículo 1732 del Código Civil, a partir de la reforma de dicho precepto por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad: «El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por este. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor». Se ha calificado como un supuesto de «representación voluntaria establecido en interés del poderdante en previsión de su futura incapacidad, que

será válido y eficaz, aunque el poderdante pierda su capacidad»[39]. Se configura como un medio alternativo a la asistencia y su finalidad también es el nombramiento de una persona que asista a quien necesite tal complemento de capacidad.

Que a su vez, se debe relacionar con la autotutela regulada en el artículo 223.1 del Código Civil: «Cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor». Siendo factible nombrar a la misma persona como tutor mediante una autotutela y como apoderado en un apoderamiento preventivo[40]. A los efectos del presente estudio y, particularmente, en sede de testamento, es sabido que el mismo es «un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario» (art. 670 CC), por lo que no será posible dejar la realización del testamento en manos de un tercero, pero el sujeto otorgante podrá determinar el contenido —por ejemplo— de un apoderamiento preventivo, haciéndolo extensible a la posible aceptación o repudiación de herencias, partición de herencias… Aunque hay quien considera que no se trata de un problema de capacidad sino de voluntad: «al ser la incapacidad un estado civil de dependencia respecto de otra persona, y teniendo en cuenta que el acto testamentario no afecta para nada a esa dependencia, cabe concluir que el testamento no plantea una cuestión de capacidad en sentido estricto (aunque repetidamente el Código, la jurisprudencia y la doctrina hablan de capacidad e incapacidad para testar), sino una cuestión de voluntad, de aptitud natural»[41].

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, Manuel: «Los cambios introducidos en el artículo 665 del Código Civil por la Ley de modificación del Código Civil en materia de testamentos», en *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 1992, pág. 717.

— «Comentario a los artículos 662 a 666», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IX, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1990, pág. 80.

Arroyo Amayuelas, Esther: «Del mandato ordinario al mandato de protección», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 49, enero-marzo de 2004, pág. 42.

Ballarín Marcial, Alberto: «Naturaleza y clases de "juicios" del notario», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 35, 1996, pág. 527.

Beltrán de Heredia de Onís, Pablo: «Incapacidad de testar del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio», en *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1966, pág. 257.

Berrocal Lanzarot, Ana Isabel: «El "apoderamiento o mandato preventivo" como instrumento de protección ante una eventual y futura pérdida de capacidad», en *La protección de las personas mayores,* director: Carlos Lasarte Álvarez, Tecnos, 2007, pág. 197.

Cafarrena Laporta, Jorge: «La sentencia de incapacitación y la capacidad para testar», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Díez-Picazo,* vol. I, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 321.

CALVO SAN JOSÉ, María José: «Eficacia de los actos y negocios jurídicos realizados por el enfermo mental», en *Diario La Ley*, núm. 6364, 22 de noviembre de 2005, ref. D-271, pág. 14.

CORRAL GARCÍA, Eduardo: «Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores en el Código Civil: en especial, el papel del notario como garante de la capacidad de los mayores», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 46, 2003, pág. 27.

DE ALFONSO OLIVÉ, Jesús María: «Apreciación de la capacidad mental del testador: la intervención notarial y facultativa en el testamento abierto», en *Revista Jurídica de Cataluña,* vol. 72, núm. 3, 1973, pág. 617.

GOMÁ LANZÓN, Ignacio: «El testamento del anciano. Una propuesta sobre la cuestión de su capacidad (el test de Pfeiffer)», en *Revista del Colegio Notarial de Madrid,* 8, 2006, pág. 72.

GÓMEZ GARZÁS, Jesús: «El juicio notarial de capacidad: especial referencia al deterioro cognitivo en la demencia tipo Alzheimer y otros trastornos afines», en *La protección de las personas mayores,* director: Carlos LASARTE ÁLVAREZ, Tecnos, 2007, pág. 216.

GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel: *Curso de Derecho Civil,* IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, coordina: Bernardo MORENO QUESADA.

HORNERO MÉNDEZ, César: «¿Cualquiera puede hacer testamento? Comentario a la sentencia del TS de 24 de noviembre de 2004», en *Revista de Derecho Patrimonial,* 2005-2, núm. 15, pág. 481.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones,* T. V, Dykinson, Madrid, 2009.

MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel: «Reflexiones sobre la autotutela y los llamados apoderamientos preventivos», en *La Notaría*, núm. 2, febrero de 2000, pág. 41.

OSSORIO MORALES, Juan: *Manual de sucesión testada,* Comares, Granada, 2002.

PUIG FERRIOL, Lluís: «Comentario al artículo 663 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil,* Tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág. 1670.

ROCA TRÍAS, Encarna: «Comentario al artículo 665 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Código Civil,* Tecnos, Madrid, 1993, pág. 950.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «La responsabilidad civil del notario conforme a los artículos 705 y 715 del Código Civil», en *Derecho de Sucesiones, Común y Foral*, coordina: RIVAS MARTÍNEZ, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 711.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: *La capacidad de testar: especial referencia al testador anciano,* Thomson-Civitas, 2006.

ROMERO COLOMA, Aurelia María: *La capacidad de testar,* Bosch, Barcelona, 2007.

— «Capacidad de testar e hipoacusia del testador», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 706, 2008, pág. 785.

— «El testador anciano y los problemas de testamentifacción activa», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 713, 2009, pág. 1213.

— «Capacidad de testar de la persona anciana: problemática jurídica y aspectos prácticos», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 43, 2009, pág. 315.

— «Testamento y capacidad: problemática jurídica de la incapacidad mental del testador», en *Diario La Ley*, 24 de febrero de 2010, núm. 7349, Ref. D-59.

RUBIO GARRIDO, Tomás: «Nulidad del testamento por alcoholismo crónico y dolo y fraude captatorio sufrido», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 24, 2010, pág. 269.

SÁNCHEZ MELGAR, Julián: «Responsabilidad civil notarial», en *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 36, 2000, pág. 261.

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil*, T. VI, *Derecho de Sucesiones,* Sucesores de Rivadeneyra, 1911.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «La capacidad para testar y la prueba de la incapacidad del testador en los testamentos abiertos (Comentario a las sentencias de 12 de mayo y 19 de septiembre de 1998)», en *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 2, 1999, pág. 527.

STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, José Gabriel: «Las lenguas de señas ante el Derecho Civil (apuntamientos jurídico-civiles sobre la Ley 27/2007, de 23 de octubre, y la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 2008, pág. 259.

TORRES ESCÁMEZ, Salvador: «Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad», en *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 34, abril-junio de 2000, pág. 205.

VELASCO, Alberto DE: *Derecho Notarial,* Reus, Madrid, 1941.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: *La nulidad del testamento o disposiciones testamentarias,* Aranzadi, Pamplona, 2011.

IZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *La responsabilidad civil del profesional liberal,* Reus, Madrid, 1989.

NOTAS

[1] http://www.elmundo.es/elmundosalud/2012/01/25/nutricion/1327502153.html

[2] Sobre la nulidad del testamento, véase VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, *La nulidad del testamento o disposiciones testamentarias,* Aranzadi, Pamplona, 2011.

[3] Véase ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La capacidad de testar,* Bosch, Barcelona, 2007, en especial el capítulo: «Referencia a las enfermedades o trastornos mentales que inciden en la capacidad de testar», donde alude al alcoholismo, alucinosis, Alzheimer, demencia vascular, epilepsia, esquizofrenia, manías, neurosis, oligofrenia, paranoia, enfermedad de Parkinson.

[4] En este sentido, BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, Pablo, «Incapacidad de testar del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio», en *Revista de Derecho Privado,* marzo de 1966, pág. 257.

[5] ROMERO COLOMA, Aurelia María, «El testador anciano y los problemas de testamentificación activa», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 713, 2009, pág. 1223.

[6] La primera edición del Código Civil tenía la siguiente redacción: «El notario y los testigos que intervengan en cualquier testamento, deben conocer al testador, o identificarse su persona con dos testigos que le conozcan y sean, a su vez, conocidos del notario y de los testigos, y además asegurarse de que el testador tiene la capacidad legal necesaria para otorgar el testamento».

[7] VELASCO, Alberto DE, *Derecho Notarial,* Reus, Madrid, 1941, pág. 157.

[8] Véase ROCA TRÍAS, Encarna, «Comentario al artículo 665 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Código Civil,* Tecnos, Madrid, 1993, pág. 950. En cambio otro sector, CAFARRENA LAPORTA, Jorge, «La sentencia de incapacitación y la capacidad para testar», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Díez-Picazo,* T. I, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 337, mantiene que la sentencia de incapacitación que limite la capacidad de testar no atenta a los preceptos constitucionales.

[9] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Los cambios introducidos en el artículo 665 del Código Civil por la Ley de modificación del Código Civil en materia de testamentos», en *Revista de Derecho Privado,* septiembre de 1992, pág. 717.

[10] En este sentido, TORRES ESCÁMEZ, Salvador, «Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad», en *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 34, abril-junio de 2000, pág. 219, y

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, *La capacidad de testar: especial referencia al testador anciano,* Thomson, Civitas, Madrid, 2006, pág. 143.

[11] Véase SERRA RODRÍGUEZ, Adela, «La capacidad para testar y la prueba de la incapacidad del testador en los testamentos abiertos (Comentario a las sentencias de 12 de mayo y 19 de septiembre de 1998)», en *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 2, 1999, pág. 527.

[12] Al respecto es interesante el estudio de BALLARÍN MARCIAL, Alberto, «Naturaleza y clases de "juicios" del notario», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* núm. 35, 1996, pág. 527.

[13] En relación a la naturaleza, véase TORRES ESCÁMEZ, *op. cit.,* pág. 216.

[14] IZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal,* Reus, Madrid, 1989; SÁNCHEZ MELGAR, Julián, «Responsabilidad civil notarial», en *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 36, 2000, pág. 261.

[15] En este sentido, RODRÍGUEZ GUITIÁN, *op. cit.,* pág. 174.

[16] Al respecto, RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, «La responsabilidad civil del notario conforme a los artículos 705 y 715 del Código Civil», en *Derecho de Sucesiones, Común y Foral,* coordina: RIVAS MARTÍNEZ, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 711.

[17] DE ALFONSO OLIVÉ, Jesús M., «Apreciación de la capacidad mental del testador: la intervención notarial y facultativa en el testamento abierto», en *Revista Jurídica de Cataluña,* vol. 72, núm. 3, 1973, pág. 648.

[18] SSTS de 23 de marzo de 1944 *(RJA* 317); 16 de febrero de 1945 *(RJA* 138); 9 de abril de 1948 *(RJA* 474); 3 de febrero de 1951 *(RJA* 353); 21 de marzo de 1952 *(RJA* 732); 10 de abril de 1955 *(RJA* 533); 18 de diciembre de 1958 *(RJA* 4200); 2 de junio de 1959 (J. Civil, T. 80, núm. 372, pág. 67); 21 de abril de 1965 *(RJA* 2282); 11 de noviembre de 1972 *(RJA* 4327); 20 de febrero de 1975 *(RJA* 661); 10 de marzo de 1988 *(RJA* 2214); 13 de octubre de 1990 *(RJA* 7867); 10 de febrero de 1994 *(RJA* 848); 26 de abril de 1995 *(RJA* 3256); 24 de julio de 1995 *(RJA* 5603); 27 de noviembre de 1995 *(RJA* 8717); 27 de enero de 1998 *(RJA* 394); 18 de marzo de 1998 *(RJA* 3376); 12 de mayo de 1998 *(RJA* 3570); 18 de mayo de 1998 *(RJA* 3376); 19 de septiembre de 1998 *(RJA* 6399); 15 de febrero de 2001 *(RJA* 2051); 19 de mayo de 2004 *(RJA* 2887); 26 de abril de 2008 *(RJA* 2680); 21 de enero de 2010 *(RJA* 11), 23 de marzo de 2010 *(RJA* 2326); 18 de octubre de 2011 *(RJA* 368965); 11 de octubre de 2012 *(RJA* 9714); 27 de octubre de 2012 *(RJA* 392513), entre otras.

[19] LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Elementos de Derecho Civil Derecho de Sucesiones,* T. V, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 162, y GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, *Curso de Derecho Civil,* IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, coordina: Bernardo MORENO QUESADA.

[20] Véase CORRAL GARCÍA, Eduardo, «Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores en el Código Civil: en especial, el papel del notario como garante de la capacidad de los mayores», en *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 46, 2003, pág. 27.

[21] Véase RUBIO GARRIDO, Tomás, «Nulidad del testamento por alcoholismo crónico y dolo y fraude captatorio sufrido», en *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 24, 2010, pág. 269.

[22] En Derecho Romano la capacidad se requería tanto en el momento del otorgamiento del testamento como en el momento de la muerte. En este sentido encontramos a Gayo, Instituciones 2,114: *«Igitur si quaeramus, an ualeat testamentum, iprimis aduertere debemus, an is, qu id fecerit, habuerit testamenti factionem».*

[23] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Comentario a los artículos 662 a 666», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* T. IX, vol. 1, Edersa, Madrid, 1990, pág. 80; PUIG FERRIOL, Luis, «Comentario a los artículos 662 a 666», en *Comentarios al Código Civil,* I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág. 1676.

[24] SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil,* T. VI, *Derecho de Sucesiones,* Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1911, pág. 225.

[25] GÓMEZ GARZÁS, Jesús, «El juicio notarial de capacidad: especial referencia al deterioro cognitivo en la demencia tipo Alzheimer y otros trastornos afines», en *La protección de las*

personas mayores, director: Carlos LASARTE ÁLVAREZ, Tecnos, 2007, pág. 216, califica dicha prueba como «diabólica».

[26] BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.,* pág. 249.

[27] DE ALFONSO, *op. cit.,* pág. 617.

[28] Véase BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.,* pág. 249, en el mismo sentido se pronuncia OSSORIO MORALES, Juan, *Manual de sucesión testada,* Comares, Granada, pág. 46.

[29] PUIG FERRIOL, Lluís, «Comentario al artículo 663 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág. 1670.

[30] Véase RODRÍGUEZ GUITIÁN, *op. cit.,* pág. 90. Al respecto: ROMERO COLOMA, *El testador anciano…,* cit., pág. 1213; «Capacidad de testar de la persona anciana: problemática jurídica y aspectos prácticos», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 43, 2009, pág. 315, y «Testamento y capacidad: problemática jurídica de la incapacidad mental del testador», en *Diario La Ley,* 24 de febrero de 2010, núm. 7349, Ref. D-59.

[31] Véase VERDERA IZQUIERDO, *op. cit.,* págs. 94 a 112, diferencia y aborda los vicios de la voluntad al otorgar testamento (violencia, intimidación, dolo y fraude), los vicios del contenido del testamento (error) y los casos de inexistencia de la declaración de voluntad (declaración no hecha en serio, reserva mental y simulación).

[32] RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, *La capacidad de testar: Especial referencia al testador anciano,* Thomson, Civitas, 2006, pág. 92.

[33] ROMERO COLOMA, Aurelia María, «Capacidad de testar e hipoacusia del testador», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 706, 2008, pág. 785.

[34] Véase HORNERO MÉNDEZ, César, «¿Cualquiera puede hacer testamento? Comentario a la STS de 24 de noviembre de 2004», en *Revista de Derecho Patrimonial,* 2005-2, núm. 15, pág. 481.

[35] Al respecto es interesante: STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, José Gabriel, «Las lenguas de señas ante el Derecho Civil (apuntamientos jurídico-civiles sobre la Ley 27/2007, de 23 de octubre, y la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad», en *RGLJ*, núm. 2, 2008, pág. 259.

[36] En este sentido: SAP de Girona, de 29 de marzo de 2006 *(AC* 1734); SAP de Jaén, de 28 de noviembre de 2007 *(AC* 305); SAP de Barcelona, de 10 de marzo de 2009 *(AC* 1332); SAP de las Islas Baleares, de 11 de junio de 2008 *(JUR* 338537); SAP de Madrid, de 27 de enero de 2012 *(JUR* 95117); SAP de Granada, de 30 de marzo de 2012 *(JUR* 344463), entre otras.

[37] GÓMEZ GARZÁS, *op. cit.,* pág. 221.

[38] GÓMEZ GARZÁS, *op. cit.,* pág. 228, es partidario de la realización de tales tests, en cambio, GOMÁ LANZÓN, I., «El testamento del anciano. Una propuesta sobre la cuestión de su capacidad (el test de Pfeiffer)», en *Revista del Colegio Notarial de Madrid,* 8, 2006, pág. 72.

[39] BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «El apoderamiento o mandato preventivo como instrumento de protección ante una eventual y futura pérdida de capacidad», en *La protección de las personas mayores…,* cit., pág. 197; MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel, «Reflexiones sobre la autotutela y los llamados apoderamientos preventivos», en *La Notaría,* núm. 2, febrero de 2000, pág. 62; ARROYO AMAYUELAS, Esther, «Del mandato ordinario al mandato de protección», en *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 49, enero-marzo de 2004, pág. 42.

[40] En este sentido, BERROCAL LANZAROT, *op. cit.,* pág. 207.

[41] CALVO SAN JOSÉ, María José, «Eficacia de los actos y negocios jurídicos realizados por el enfermo mental», en *Diario La Ley*, núm. 6364, 22 de noviembre de 2005, ref. D-271, pág. 14.

(Trabajo recibido el 15-3-2013 y aceptado para su publicación el 18-6-2013)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Propuesta de Código Mercantil y sociedad cooperativa

Proposal for a Commercial Code and cooperative society

por

ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ
Doctora en Derecho
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Murcia

RESUMEN: La Propuesta de Código Mercantil, elaborada por la Comisión General de Codificación y convertida ya en Anteproyecto de Ley, reconoce carácter mercantil a la cooperativa y a otras figuras como las mutuas de seguros y las sociedades de garantía recíproca y prevé su inscripción en el Registro Mercantil. De prosperar este planteamiento se superaría la previsión del artículo 124 del Código de Comercio, que lleva a considerar mercantiles a las cooperativas que se dediquen a actos de comercio extraños a la mutualidad y se impondría el criterio de mercantilidad por la forma. La cooperativa se convertiría en un comerciante de los del artículo 1 del Código de Comercio y es al Estado a quien compete la regulación de los sujetos jurídicos privados, según tiene declarado nuestro Tribunal Constitucional. La cuestión es cómo conjugar la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil del artículo 149.1.6.º CE y la doctrina del Tribunal Constitucional existente con la competencia exclusiva por parte de las Comunidades Autónomas en materia de cooperativas. El debate sobre la pregunta formulada no debe obviar los planteamientos que se recogen en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, norma que pretende evitar o minimizar las distorsiones que puedan derivarse de la organización administrativa territorial. Acaso esta norma encierre mecanismos que ayuden

a cohonestar competencia autonómica y competencia estatal en materia de sociedades cooperativas.

ABSTRACT: The Proposal for a new Commercial Code prepared by the Legal Codification Commission establishes the mercantile nature of cooperatives and other entities such as mutual insurance and mutual guarantee societies. It also stipulates the inscription in the Registry of Commerce. In case that proposal is finally passed by the Parliament this new approach would overtake the provision of section 124 Comm. Code and opt for the criterion of merchantability by form. Cooperatives would then become a merchant according to section 1 Comm. Code, and here must be remembered that the Spanish Constitutional Court has repeatedly declared the competence of Central State for regulating private legal subjects.

The question that arises is how to combine the exclusive competence of the Central State in Commercial Law (section. 149.1.6 of the Spanish Constitution) and the exclusive competence of Autonomous Communities in cooperatives shaped during decades by our Constitutional Jurisprudence.

The legal reasoning around this topic should not ignore the proposals and solutions set out in the Warranty of Market Unity Act, intended to prevent or minimize distortions caused by territorial distributions of powers since this Act may hold mechanisms and criteria that will help to harmonize regional competence and state competence when it comes to regulate cooperative societies.

PALABRAS CLAVE: Cooperativa. Mercantilidad. Registro Mercantil. Competencia. Unidad de Mercado. Conferencias Sectoriales. Tribunal Constitucional.

KEY WORDS: Cooperative. Merchantability. Registry of Commerce. Competence. Market unit. Sectoral conferences. Constitutional Court.

SUMARIO: I. RECORDANDO LOS DEBATES DOCTRINALES SOBRE LA SOCIEDAD COOPERATIVA: 1. La cooperativa como sociedad. 2. El carácter de la sociedad cooperativa: A) *La sociedad cooperativa en el artículo 124 del Código de Comercio: a)* Los actos incluidos en la mutualidad: la actividad cooperativizada; *b)* Los actos extraños a la mutualidad: el objeto social. B) *Sociedad mercantil por el objeto.*—II. EL DESACERTADO CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. Materia cooperativa y conflictos de competencia. 2. La realidad: una sociedad mercantil más.—III. MERCANTILIDAD DE LA COOPERATIVA EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL: 1. Sociedad mercantil por la forma. 2. Las sociedades cooperativas como «legislación mercantil».—IV. UN NUEVO ESCENARIO COMPETENCIAL: 1. Re-

LEYENDO (PARA REINTERPRETAR) AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2. LA UNIDAD DE MERCADO: A) *Las conferencias sectoriales.* B) *Control de las actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación.* 3. RECAPITULACIÓN. 4. DE NUEVO, LA LEY DE ARMONIZACIÓN: A) *Condicionantes políticos y materiales.* B) *El interés general.* C) *Armonización y* ius superveniens.—V. SOBRE EL RÉGIMEN SUSTANTIVO DE LA SOCIEDAD COOPERATIVA TRAS LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL: 1. RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL CONTENIDO EN LA PROPUESTA DEL CÓDIGO MERCANTIL: A) *La cooperativa y el régimen jurídico general de las sociedades mercantiles.* B) *Adaptación al régimen jurídico general de las sociedades mercantiles.* 2. EL (OMITIDO) RÉGIMEN COMÚN DE LAS SOCIEDADES MUTUALISTAS. 3. RÉGIMEN PROPIO DE LA SOCIEDAD COOPERATIVA: A) *Disposiciones comunes.* B) *Otras disposiciones comunes.* C) *Asociacionismo cooperativo y relaciones con la Administración Pública.* 4. QUÉ QUEDA A LA ARMONIZACIÓN.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. RECORDANDO LOS DEBATES DOCTRINALES SOBRE LA SOCIEDAD COOPERATIVA

Con respecto a la sociedad cooperativa se ha discutido por nuestra doctrina no solo su carácter (civil o mercantil) sino, antes, el hecho de que realmente sea una sociedad[1].

1. LA COOPERATIVA COMO SOCIEDAD

El argumento utilizado por quienes entienden que la cooperativa no es una sociedad[2] es, en esencia, el siguiente: según el artículo 116 del Código de Comercio (y el art. 1665 CC) para que exista «sociedad» es indispensable que quienes la constituyan tengan la intención de obtener un lucro o ganancia por medio de ella. Y se daba la circunstancia de que la legislación anterior a la Ley 52/1974, de 19 de diciembre[3], excluía expresamente en las cooperativas el ánimo de lucro en cuanto supusiera un beneficio para la intermediación, impidiendo que la cooperativa persiguiera un beneficio repartible. En consecuencia, la cooperativa no podía ser calificada como sociedad[4].

Este argumento se ha ido corrigiendo, elaborándose un concepto amplio de sociedad en el que el ánimo de lucro, o bien no es esencial o inherente al concepto de sociedad[5], o bien se identifica con una ventaja patrimonial o económica[6], aunque no consista precisamente en una ganancia repartible entre los socios[7]. Por ello, en una y otra concepción, se ha sostenido la calificación de la cooperativa como sociedad[8].

La Ley 52/1974, de 19 de diciembre, de Cooperativas, suprimió el obstáculo para esta consideración al admitir el ánimo de lucro, antes excluido de la definición legal de cooperativa[9], reconociendo así que esta no excluye ni el ánimo de lucro en general ni el concreto de obtener una ganancia, puesto que ha de producir beneficios si quiere ser eficaz[10]. La Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (LCoop.) defiende en su Exposición de Motivos la eficacia y rentabilidad propias del carácter empresarial de las cooperativas, señalando que el fin último del conjunto de socios es la rentabilidad económica y el éxito de su proyecto empresarial (párrafos 2.º y 3.º). La Ley de Cooperativas llega a distinguir, incluso entre cooperativas con o sin ánimo de lucro, siendo la regla general el ánimo de lucro y quedando la calificación de entidad no lucrativa para aquellas «que gestionen servicios de interés colectivo o de titularidad pública, así como las que realicen actividades económicas que conduzcan a la integración laboral de las personas que sufran cualquier tipo de exclusión social» (DA Primera).

Cabe señalar también que la CE, las leyes de cooperativas, la ley de sociedades de capital[11] y la de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, entre otras, califican a las cooperativas como sociedades. Este argumento (el terminológico), soslayado tiempo atrás por insuficiente, dadas las discusiones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la cooperativa[12], vuelve a ser considerado uno más al resultar admitido su carácter societario. Y obsérvese que la Ley de Cooperativas comienza su articulado afirmando que «la cooperativa es una sociedad»[13].

2. El carácter de la sociedad cooperativa

Determinada la naturaleza societaria de la cooperativa se plantea desde ciertos sectores la dificultad para admitir su carácter mercantil. La cuestión, irrelevante desde el punto de vista económico pues la cooperativa es una forma de organización de empresa[14], no lo es desde un punto de vista jurídico, pues al ser la cooperativa una persona jurídica, no puede ser calificada como empresa (actividad o bien), sino como empresario (sujeto que ejercita esa actividad y titular de ese bien)[15].

A) *La sociedad cooperativa en el artículo 124 del Código de Comercio*

A nuestro juicio, el precepto de la legislación mercantil «detonante» de las discusiones doctrinales sobre la mercantilidad de la cooperativa es el artículo 124 del Código de Comercio, pues tras excluir de su campo de vigencia a las cooperativas, rompe en su inciso final el binomio cooperación-mutualidad, al admitir que

puedan calificarse como mercantiles las cooperativas (de producción, de crédito o de consumo) cuando se dediquen a actos de comercio extraños a la mutualidad, quedando por tanto sujetas a las disposiciones del Código[16].

Los comentaristas de principios de siglo[17] quisieron ver en este artículo el reconocimiento formal de dos modalidades de cooperativas: las que se ajustan al principio de mutualidad y orientan sus operaciones hacia los socios, por lo que no pueden ser caracterizadas como mercantiles[18], y las que operan con criterios ajenos a la mutualidad y en consecuencia «se considerarán mercantiles y quedarán sujetas a las disposiciones de este Código»[19]. Pero, en realidad, el Código de Comercio no indica que las cooperativas sean mercantiles ni que no lo sean[20], lo que coincide con la Base Quinta del Decreto de 20-9-1869 (Bases para la redacción del CCom.), que establecía la ampliación del contrato de compañía mercantil a «cooperativas mixtas de socios contribuyentes por acto benéfico sin retribución y socios partícipes de resultados y beneficios». Como se ha afirmado, lo que hace el artículo 124 del Código de Comercio es fijar un criterio de mercantilidad, sin prejuzgar de forma definitiva el carácter mercantil o no de la cooperativa[21].

Sin embargo, la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Comercio de 18 de marzo de 1882, apartándose de sus Bases e ignorando el texto del artículo 124 del Código de Comercio, sí consagraba el principio general de la «no mercantilidad» de las cooperativas por considerar que en ellas faltaba el espíritu de especulación, incompatible con su naturaleza. De este modo, se alejaba a las cooperativas del ámbito de las sociedades mercantiles, «mientras no resulte claramente de sus estatutos o del ejercicio habitual de algunos actos de comercio que merecen aquella denominación» [22].

Tales argumentos pueden ser rebatidos en el estado actual de evolución de nuestro Derecho de sociedades, puesto que la mayoría de la doctrina conviene en que no es consustancial a la cooperativa la ausencia de ánimo lucrativo[23]; que, en cualquier caso, este es entendido en sentido amplio como cualquier ventaja patrimonial o económica; y que la actividad de la cooperativa no es exclusivamente de carácter interno con sus socios, sino que trasciende a esferas diversas, incluso ajenas a la mutualidad[24]. De manera que nada impide que la cooperativa pueda adquirir la condición de sociedad mercantil conforme al artículo 124 del Código de Comercio y la cualidad de empresario en atención al artículo 1.2 del propio Código[25].

Para ello hay que analizar el criterio de mercantilidad del artículo 124 del Código de Comercio: la cooperativa será mercantil cuando realice «actos de comercio extraños a la mutualidad». Habrá que concretar entonces cuáles sean los actos incluidos en la mutualidad, cuáles los extraños a la misma y, finalmente, su naturaleza, pues si son actos de comercio habremos concluido la naturaleza mercantil de la cooperativa.

a) Los actos incluidos en la mutualidad: la actividad cooperativizada

La sociedad cooperativa tiende, por definición, a asociar a personas con intereses o necesidades socio-económicas comunes. La identificación de la necesidad común es la que determina la actividad cooperativizada, la adscripción a una de las clases de cooperativas previstas en las leyes y la que marca las condiciones que han de reunir los socios para poder serlo. En tal sentido, la actividad cooperativizada, es decir, la que realiza la cooperativa con sus socios y que, por tanto, se desenvuelve en la vertiente interna, es la que integra la mutualidad cooperativa; pero tal actividad se puede realizar también con terceros no socios[26]. Hasta épocas recientes, la legislación cooperativa ha sido reticente a la admisión de la actuación con terceros; incluso la LGC no la permitía de forma generalizada, sino con carácter restrictivo y específico para cada clase de cooperativas[27], pese a que su Exposición de Motivos —y en el mismo sentido las leyes autonómicas— señalase que «no se puede mantener a ultranza el denominado principio mutualista».

La doctrina suele considerar que la alusión a la realización de «actos de comercio extraños a la mutualidad», valedora del carácter mercantil de las cooperativas, se ha de entender referida a la realización de la actividad cooperativizada con no socios, a las operaciones con terceros[28]. Sin embargo, hay que recordar que la sociedad cooperativa actúa de forma diferente y en diversos planos: existe la actividad cooperativizada con socios y terceros; pero también el objeto social, entendido como actividad que desarrolla la cooperativa hacia el exterior para [luego en el plano interno] satisfacer las exigencias de la actividad cooperativizada; sin olvidar las inversiones o participaciones en otras entidades, cooperativas o no[29]. Ante tal variedad de actuaciones cabe cuestionar si la actividad cooperativizada con terceros es la constitutiva de los actos «extraños a la mutualidad» a que alude el artículo 124 del Código de Comercio.

A nuestro juicio la respuesta ha de ser negativa. Es significativo que las leyes tan solo se ocupen de admitir tales operaciones, determinar el porcentaje de actuación en cada clase de cooperativas, indicar el destino de sus resultados y exigir una contabilidad separada para las mismas. En lo demás, el régimen de la actividad cooperativizada con terceros se presume que es el mismo que el de la realizada con los socios. Y es que, en realidad, la participación de no socios en la actividad cooperativizada no constituye una actividad extraña a la mutualidad ni altera su régimen sino que, por el contrario, se encuentra inmersa en la misma y pertenece a la esfera interna de la cooperativa. Se podría decir que en las operaciones con terceros la mutualidad «abre sus puertas» a personas ajenas a la sociedad, presumiblemente, con una doble finalidad: para incrementar la actividad cooperativizada y para captar nuevos socios entre los terceros relacionados con la cooperativa porque participan en esa actividad[30].

Aunque prescindiéramos de este planteamiento, la realización de la actividad cooperativizada con terceros difícilmente podría servir de pauta delimitadora de la mercantilidad. En primer lugar, porque no todas las clases de cooperativas pueden realizar operaciones con terceros, con lo que las clases en que no se admite quedarían excluidas *ab initio* del análisis de su mercantilidad. En segundo lugar, porque la autorización para operar con terceros no es ilimitada sino que se ha de circunscribir a los porcentajes legales y/o estatutarios. Y en tercer lugar, porque no se puede obligar a los terceros a participar en la actividad cooperativizada, por lo que puede que participen en un ejercicio económico, pero no en otro, o puede que la participación alcance la cifra máxima o se produzca en un porcentaje muy reducido. Llegados a este punto, cabe preguntar si acaso la calificación de una sociedad puede hacerse depender de lo que le acontezca en cada ejercicio económico; si puede en uno ser mercantil y no así al siguiente. Pensamos, por ello, que en las operaciones con terceros la mutualidad se extiende a estos, de forma que no serían actos extraños a la mutualidad sino que quedarían, por el contrario, inmersos en la misma[31].

b) Los actos extraños a la mutualidad: el objeto social

En atención a la conclusión precedente, el elemento para determinar la naturaleza jurídica de la cooperativa creemos que ha de ser la distinción entre actividad cooperativizada y objeto social[32]. La doctrina suele centrarse solo en la actividad cooperativizada, a la que identifica con el objeto social. Pero ambas realidades pueden y deben diferenciarse, pues en las cooperativas el objeto social tiene un valor instrumental o accesorio a la actividad cooperativizada y a través de él es posible realizar esta última[33]. Es cierto que la distinción es más nítida en algunas clases de cooperativas que en otras pero, sin duda, es defendible desde el plano jurídico[34]. Así, por ejemplo, la actividad cooperativizada de una cooperativa agraria puede ser la entrega de productos de las explotaciones de los socios para su comercialización, constituyendo esta última el objeto social de la cooperativa. El hecho de que en la cooperativa de nuestro ejemplo se permita que terceros no socios entreguen también sus productos (participen en la actividad cooperativizada) no le quita ni le pone, a nuestro juicio, la naturaleza mercantil a la entidad. Es la posterior comercialización de esos productos la que le otorgaría tal carácter. O en una cooperativa de trabajo asociado, cuya actividad cooperativizada es la prestación del trabajo personal de los socios y donde la realización de esta actividad con terceros se traduce en la admisión de trabajadores no socios; ¿acaso esta actuación con terceros (contratar asalariados) se puede entender como acto de comercio extraño a la mutualidad apto para otorgar la mercantilidad? La respuesta es, de todo punto, negativa.

El análisis se debe centrar, por tanto, en el objeto social, en la actividad [instrumental] que desarrolla la cooperativa hacia el mercado[35] y que, desde nuestro punto de vista, es la actividad «extraña a la mutualidad» a los efectos del artículo 124 del Código de Comercio[36]. El objeto social, es decir, la o las actividades (de comercio o no) a desarrollar por la cooperativa hacia el exterior, tiene el mismo sentido y cumple la misma función que en el resto de formas sociales[37]. En cuanto a su realización, la cooperativa se comporta en el mercado como un sujeto más del tráfico económico, quedando sometida a las reglas de funcionamiento del mismo[38]. Y si para el resto de las formas sociales no se tiene en cuenta el ámbito de las relaciones sociedad-socio para determinar su naturaleza o carácter, sino, por el contrario, la actividad realizada por la sociedad hacia el exterior, esto es, el objeto social —siempre y cuando el problema no estuviere ya resuelto por la ley especial que confiera a la sociedad que regule la mercantilidad por la forma[39]—, no tiene sentido determinar la mercantilidad o no de la cooperativa en atención a la actividad cooperativizada con los socios —o incluso con terceros—. Este plano interno servirá para determinar si se está ante una sociedad de personas, de capitales o mutua, pero no para concretar su carácter civil o mercantil[40].

B) *El criterio de mercantilidad por el objeto*

En consecuencia, a nuestro modo de ver, el Código de Comercio establece para las cooperativas un criterio de mercantilidad distinto del reservado para el resto de las formas sociales que regula. Mientras que para estas últimas (sociedad colectiva y comanditaria) prevé la confluencia de los criterios de forma y objeto, para las primeras el carácter mercantil lo hace depender de un criterio objetivo, cual es la realización de actos de comercio[41]. La razón del diferente tratamiento se encuentra en la Exposición de Motivos del Código que, como sabemos, alejaba a las cooperativas de su ámbito, centrándose solo en las sociedades que, en atención al ánimo de lucro, consideraba mercantiles.

Como es sabido, el Código de Comercio establece la mercantilidad de las sociedades que se constituyen con arreglo a sus normas (mercantilidad por la forma, art. 116 CCom.) a las que, en consecuencia, confiere la condición de comerciante (mercantilidad por el objeto, art. 1.2 y 1 CCom.). Este doble criterio quiebra con la promulgación del Código Civil, al poder existir sociedades con forma mercantil pero civiles por el objeto a que se consagren, siendo este último el que da el carácter a la entidad de que se trate (art. 1670 CC). Las leyes especiales posteriores dejan relegado el problema al ámbito de las sociedades colectivas y comanditarias simples, pues la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada, la comanditaria por acciones, incluso la sociedad de garantía recíproca y la agrupación de interés económico, se definen como sociedades mercantiles por la forma.

En nuestra opinión, y en atención a lo expuesto, la cooperativa debe situarse al lado de las sociedades de personas en cuanto a la determinación de su carácter civil o mercantil. Y así, puesto que el Código no las regula, pero admite que puedan ser mercantiles si realizan actos de comercio, y dado que la legislación especial no se ha atrevido a instituir su mercantilidad por la forma[42], no cabe duda de que en las cooperativas rige el criterio sustantivo propio del Derecho común centrado en la actividad en que consista su objeto social[43]. Pero con esta solución habrá que afrontar, caso por caso, el problema de calificar la actividad constitutiva del objeto social de la cooperativa para, si es mercantil, atribuirle la condición de comerciante[44], tarea con la que se resta seguridad jurídica y se ignora el hecho de que la cooperativa desarrolla una actividad dirigida al mercado, según el modelo de organización empresarial. Se explica así que un sector de nuestra doctrina haya propuesto una interpretación que generalice a las cooperativas el carácter de comerciante por razón de la forma[45], mientras que otro considera que el criterio de mercantilidad por la forma, aplicable a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, se ha extendido ya sustancialmente a las sociedades cooperativas[46].

En la práctica, el problema de identificar si la cooperativa es mercantil y, en tal caso, declararle aplicable el estatuto jurídico del empresario, ha sido solucionado por vía indirecta en la propia legislación cooperativa[47]. Cuestiones tales como la llevanza de la contabilidad, el registro y publicidad de estas entidades, así como de sus actos, o las soluciones a las situaciones de insolvencia, han sido abordadas por el legislador cooperativo al modo en que son tratadas respecto del resto de las sociedades mercantiles o con remisión expresa a las normas mercantiles[48]. En realidad, el único aspecto del estatuto jurídico del empresario que queda por definir ante la incerteza de si la cooperativa es o no comerciante es el relativo a la calificación de los contratos en los que participe una cooperativa en los supuestos en que aquella dependa de la participación en estos de un comerciante.

II. EL DESACERTADO CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Si las consideraciones aquí vertidas hubieran estado en la mente de los redactores de la Constitución de 1978 y de su intérprete, el Tribunal Constitucional (TC), se habría evitado la gran disfunción que supone la inexistencia de una regulación unitaria de la sociedad cooperativa en el seno de nuestro Estado[49]. Pero no fue así, sino que, como sabemos, la competencia en materia de cooperativas se incorporó a diversos Estatutos de Autonomía, indicando, eso sí, «conforme a la legislación general en materia mercantil».

1. Materia cooperativa y conflictos de competencia

Cuando se plantearon los conflictos de competencia con ocasión de las primeras leyes autonómicas de cooperativas[50], el TC, quizá influido por las discusiones doctrinales ya referidas en torno a la mercantilidad de esta sociedad, dejó pasar la oportunidad de explicitar la inclusión del régimen jurídico de la sociedad cooperativa en el término «legislación mercantil» del artículo 149.1.6.º CE. En realidad, adoptó una posición —presuntamente— conciliadora de los intereses autonómicos y estatales, sin advertir las ulteriores consecuencias (negativas) de esta solución.

El resultado al que llega el TC es ambiguo pues, se aparta (indebidamente, a nuestro juicio) de cualquier análisis sobre la mercantilidad de la cooperativa[51], pero admite la aplicación de la legislación mercantil a estas entidades, bien porque su regulación contenga preceptos mercantiles, o bien porque la legislación cooperativa remita expresamente a ella, reconociendo además que en el caso de que debiera calificarse de sociedad mercantil algún tipo de cooperativa, le sería de aplicación la legislación mercantil[52].

Ciertamente, la polémica doctrinal relativa a la naturaleza jurídica de la cooperativa no parece (y no es) razón suficiente para que el TC dejara escapar en 1983 esta materia a la competencia del legislador estatal. Desde nuestro punto de vista, al margen de las consideraciones que merezca el reconocimiento de potestad legislativa autonómica en materias tradicionalmente integradas bajo el concepto «legislación mercantil», o incluso de la interpretación realizada por nuestro más alto Tribunal, cabe dudar de la oportunidad de esta atribución competencial a las Comunidades Autónomas[53]. Sobre todo cuando la razón de la competencia estatal sobre la legislación mercantil reside en la necesidad de asegurar un ordenamiento jurídico-mercantil unitario para todo el territorio nacional (contrapuesto al carácter fragmentario e incompleto del Derecho de las Comunidades Autónomas), que no debe verse afectado por la distribución de competencias[54].

La justificación que se ofrece por el TC es ciertamente desconcertante: «No puede calificarse a la materia cooperativa como mercantil de manera que el mandato del artículo 149.1.6.º CE, que atribuye al Estado la legislación mercantil, viniera a vaciar de contenido las competencias atribuidas en el Estatuto, sin perjuicio de que la legislación sobre Cooperativas de la Comunidad Autónoma debe respetar la legislación mercantil del Estado en lo que resulte aplicable a estas sociedades» (FJ 3). Parece que para el TC el problema parte de las leyes orgánicas por las que se aprobaron los Estatutos de Autonomía en que se incluía esta competencia; una vez asumida, su ejercicio ulterior por el legislador autonómico solo preocupa al TC en la medida que descompense los espacios competenciales. Pero, en realidad, el problema no era ese, sino determinar si la materia cooperativa era o no competencia exclusiva de las

Comunidades Autónomas[55]. Y, en este punto, entendemos, que bien subsumida en la expresión «legislación mercantil» o bien fuera de dicho adjetivo, la regulación de la sociedad cooperativa debió atribuirse al Estado. La consecuencia no hubiera sido «vaciar de contenido las competencias atribuidas en el Estatuto», sino extraer del mismo las competencias que nunca debió asumir[56]. Un simple ejemplo es significativo: el artículo 149.1 CE no incluye entre las competencias exclusivas del Estado la legislación de sociedades anónimas. ¿Cuál hubiera sido la interpretación del TC si los Estatutos de Autonomía, en aplicación del artículo 149.3 CE, hubieran asumido competencia exclusiva en materia de sociedades anónimas? Huelga la respuesta.

Además el TC, en otras sentencias no relacionadas con la legislación cooperativa, proporciona argumentos que permitirían concluir que esta última es materia que debió quedar reservada al Estado por estar tácitamente incluida en la expresión «legislación mercantil». Sirva como ejemplo la STC 14/1986, de 31 de enero[57], cuyos planteamientos resultan trasladables *mutatis mutandis* a la cooperativa. En ella se resuelve que «la sociedad pública vasca especial, por tratarse de una sociedad mercantil en su actuación externa, ha de relacionarse con toda clase de sujetos, con la creación de la indeterminada serie de relaciones jurídicas con terceros, propia e indeclinable de este tipo de personas jurídicas, *con lo que su regulación por la ley impugnada incide plenamente dentro de la amplia fórmula de la «legislación mercantil»* que el artículo 149.1.6 CE incluye» (FJ 9). Interpretación que ha sido precisada entendiendo que «lo relevante no es la creación de entidades con capacidad de entablar relaciones jurídicas con terceros, sino la pretensión de la normativa impugnada de incidir de alguna forma sobre la disciplina de tales relaciones»[58]; por ello, crear y disciplinar una sociedad mercantil especial invade claramente las competencias sobre la legislación mercantil[59].

Es claro que las leyes de cooperativas autonómicas inciden sobre la disciplina de las relaciones jurídicas de estas entidades con terceros, materia comprendida en la regulación privada del tráfico empresarial competencia exclusiva estatal. En otras sentencias[60], el TC afirma que es al Estado a quien compete la regulación jurídico-privada de las relaciones surgidas en el tráfico comercial y solo justifica la potestad legislativa autonómica en materias con clara incidencia del «interés público», circunstancia que, a nuestro juicio, no concurre en el marco de la legislación cooperativa, antes al contrario. Lo básico es que las leyes de cooperativas disciplinan un empresario social, la cooperativa, y su uniformidad resulta esencial para la unidad de mercado, por lo que lo adecuado hubiera sido considerarla incluida bajo la expresión «legislación mercantil», evitando la aplicación del mecanismo del artículo 149.3 CE y la asunción de la competencia en materia de cooperativas por algunos Estatutos de Autonomía, así como el posterior proceso de transferencia de dicha competencia al resto de Comunidades Autónomas por ley orgánica.

2. La realidad: una sociedad mercantil más

Las circunstancias actuales ponen de manifiesto que la cooperativa es un «empresario que actúa profesionalmente en el mercado»[61] coexistiendo en el tráfico económico con otras formas sociales con las que unas veces entra en competencia y otras se relaciona y contrata. Como se ha señalado *supra,* no solamente realiza actividades cooperativizadas con socios y terceros, sino que establece relaciones jurídicas externas a la mutualidad no subsumibles, por tanto, en las relaciones típicas de aquellas, pero de valor instrumental necesario para la consecución del fin social, operando a modo de verdaderas sociedades mercantiles[62]. Así, el acercamiento entre estas y las cooperativas se produce por el hecho de que las últimas son también una forma de ejercicio colectivo de una empresa[63].

Subyace pues una justificada tendencia a caracterizar a la cooperativa como una más entre las sociedades *mercantiles*[64]. Y, al igual que en su actuación económica, la cooperativa requiere de la aplicación de técnicas empresariales, en el campo del Derecho demanda un tratamiento paritario en las materias en que coincide con los demás empresarios sociales, por lo que el estatuto del comerciante debe aplicarse también a las cooperativas como salvaguarda de la seguridad jurídica en el tráfico empresarial. Esta exigencia, puesta de manifiesto por la doctrina[65], tiene su respaldo en las propias leyes de cooperativas, que hacen asumir a la sociedad cooperativa derechos y obligaciones comprendidas en dicho estatuto[66], siendo además tratada en su regulación, en muchos aspectos, como las sociedades mercantiles[67].

III. MERCANTILIDAD DE LA COOPERATIVA EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

1. Sociedad mercantil por la forma

La Propuesta de Código Mercantil, convertida en Anteproyecto de Ley el 30 de mayo de 2014, introduce la regla general de mercantilidad de las sociedades que acoge el doble criterio de objeto y forma, al tiempo que enumera los que pueden considerarse tipos básicos de sociedad mercantil. Así, el artículo 211-1,1 declara que «son sociedades mercantiles las que *tengan por objeto* la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios para el mercado *y* las que, cualquiera que sea su objeto, adopten alguno de los *siguientes tipos: a)* La sociedad colectiva; *b)* La sociedad comanditaria simple; *c)* La sociedad limitada; *d)* La sociedad anónima; *e)* La sociedad comanditaria por acciones.

Como se observa, la Propuesta hace expresa atribución de mercantilidad a las sociedades cooperativas, a las mutuas de seguros y a las sociedades de garantía

recíproca, entidades que, según la Exposición de Motivos, dan cobertura jurídica, con estructura corporativa, a actividades empresariales organizadas con base mutualista (apartado III-11). En cuanto a las sociedades de garantía recíproca, su ley reguladora ya le otorga mercantilidad, por lo que la Propuesta de Código no introduce realmente novedad alguna[68]. En cambio, el reconocimiento del carácter mercantil a la sociedad cooperativa sí que supone no solo una novedad sino, en nuestra opinión, todo un avance en términos de seguridad jurídica[69], pues la cooperativa se convertiría en un comerciante de los del vigente artículo 1 del Código de Comercio, y le resultaría de aplicación, de forma automática, el estatuto jurídico del empresario. Por lo que se refiere a las mutuas de seguros, actualmente ya tienen reconocido el carácter mercantil las que lo son a prima fija (art. 124 CCom.), aunque no así las mutuas a prima variable, por lo que la Propuesta de Código vendría a igualar ambas figuras[70], con las consecuencias que hemos apuntado para la sociedad cooperativa.

Como consecuencia lógica, para la Propuesta la cooperativa pasa a ser sujeto inscribible en el Registro Mercantil bajo el principio de obligatoriedad de inscripción [art. 140-2.*c)*]. Ya el TC había avanzado en 1983 que si debiera calificarse de sociedad mercantil algún tipo de cooperativa sería de aplicación la legislación mercantil «y en consecuencia la constitución habría de efectuarse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil, según preceptúa el artículo 119 del Código de Comercio», pues toda la regulación del Registro Mercantil, que incluye la determinación de los actos que han de tener acceso al mismo, es de carácter mercantil, cualquiera que sea la ley que lo contenga y su denominación», tal como se refleja en materia de registros públicos (art. 149.1.8.º CE)[71].

Satisface así la Propuesta de Código Mercantil las demandas de quienes venían reclamando en la doctrina la mercantilidad de la cooperativa[72], pues compartimos la opinión de aquellos que han entendido que «el criterio de la forma como dato para la aplicación del régimen jurídico se presenta tan valedero en las cooperativas como en las sociedades mercantiles»[73]. Pero ese reconocimiento pone en entredicho la cuestión competencial en materia de cooperativas (y también de mutuas no integradas en el sistema de seguridad social)[74] y hace que se tambalee el (inconsistente) Bloque de Constitucionalidad vigente en esta materia[75]. Algo que, por otra parte, nunca dejó de estar en entredicho y que ha sido objeto de numerosas críticas nada favorables[76]. Incluso hubo quien se atrevió abiertamente a considerar que deberían suprimirse las leyes autonómicas de cooperativas por inconstitucionales tan pronto estas pudieran calificarse como sociedades mercantiles[77].

En materia «competencial» la Propuesta de Código Mercantil se presenta «temerosa». Según el apartado III-11 de su Exposición de Motivos, la expresa atribución de mercantilidad a las mutuas, sociedades de garantía recíproca y cooperativas se hace «con independencia de que su regulación esté contenida en

legislación propia fuera del Código, habida cuenta de que, tanto la especialidad tipológica, como otras consideraciones de índole competencial, no aconsejaban su inclusión en él». Queda claro que los redactores de la Propuesta no tienen intención de recoger en el Código Mercantil la regulación de esas entidades, pero quieren dejar expresa constancia de que el mantener una regulación separada no ha de enturbiar su carácter mercantil. Sin embargo, la opción elegida por los redactores no casa con el mandato expreso que el Ministro de Justicia realizó a la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación[78], según el cual en el Código Mercantil «se integrará y delimitará la legislación mercantil existente» para «ofrecer así la necesaria seguridad jurídica a todos los operadores económicos» y «asegurar en el ámbito jurídico-privado la unidad de mercado que impone la Constitución». Es más, tampoco se compadece con la declaración que contiene la propia Exposición de Motivos de la Propuesta de que «los postulados de la nueva constitución económica en el marco de la economía de mercado, que imponen la unidad de este y explican la atribución al estado de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, aconsejan (…) la clara delimitación de esta y la integración de la normativa reguladora» (apartado I-6); al tiempo que justifica el Código como «instrumento de política legislativa más adecuado (…) como recurso unificador (…) que acota con criterio unitario la materia mercantil e integra la legislación especial que la regula» (apartado I-7).

Una de las «excusas» que se alegan para mantener la regulación separada es la «especialidad tipológica», solución que se podría llegar a asumir —si no fuera por las razones antes expuestas— habida cuenta que se trata de tres formas sociales de carácter mutualista, pero lógicamente, ello no ayuda a la «clara delimitación de la materia mercantil» que se demanda. Y mucho menos lo hace la alusión a las «consideraciones de índole competencial» que, según los redactores de la Propuesta, aconsejan también mantener una legislación específica para las sociedades mutualistas. Obsérvese, por una parte, que solo las cooperativas (y las mutuas no integradas en el Sistema de Seguridad Social) estarían inmersas en esas «consideraciones» competenciales, lo que hace muy poco afortunada la extensión a formas sociales sobre las que nadie dudaba de su inclusión en la rúbrica «legislación mercantil» del artículo 149.1.6.º CE[79]. Por otra parte, si subyacen consideraciones de esa índole, ¿puede el Código Mercantil atribuir a las entidades afectadas naturaleza mercantil, competencia exclusiva del Estado? Y si tienen esa naturaleza, ¿por qué hay consideraciones competenciales? Por último, la alusión a las ya reiteradas cuestiones competenciales ni ofrece seguridad jurídica ni asegura la unidad de mercado.

Para evitar los problemas apuntados convendría incorporar a la Propuesta la regulación de las formas sociales de carácter mutualista. No solo se eludiría así la necesidad de justificar su exclusión, sino que se daría fiel cumplimiento al mandato de la Orden del ministro de Justicia, se guardaría coherencia con la

Exposición de Motivos de la Propuesta y, en esencia (y esto es lo importante), se estaría dando un paso de gigante para asegurar la unidad de mercado en el ámbito jurídico privado.

2. Las sociedades cooperativas como «legislación mercantil»

Atribuir carácter mercantil a una sociedad es otorgarle la condición de empresario, y a este, «como figura central, le es plenamente aplicable el estatuto mercantil, esto es, el conjunto de normas que establecen especiales derechos y obligaciones para las personas así calificadas, en función de la titularidad jurídica de una empresa y de la actividad que a través de esta realiza para el mercado. En el estatuto se integran las normas sobre régimen jurídico-privado de la empresa, responsabilidad y representación de su titular, registro mercantil y contabilidad, así como, en su conjunto, el Derecho de sociedades mercantiles» (apartado I-12 de la Exposición de Motivos de la Propuesta). Siendo esto así (y a nuestro juicio lo es), la cooperativa, en cuanto que sociedad mercantil, pasa a integrar la materia sexta del artículo 149.1 CE.

Desde esta perspectiva es desde la que hay que interpretar el artículo 211-2 de la Propuesta de Código que, tras disponer que las sociedades mercantiles se regirán por las disposiciones del Código en defecto de norma con rango de ley que les sea específicamente aplicable, establece que «las normas propias de cada tipo social prevalecerán sobre las comunes a toda clases de sociedades mercantiles». Se ha entendido que este inciso salva la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas sobre cooperativas[80]. Pero tal vez no sea esa la razón que justifica la norma, sobre todo si se advierte que el precepto va dirigido a todas las sociedades mercantiles y no en especial a las cooperativas. Y si bien es cierto que lo que se dispone es el orden de prelación de las leyes atinentes a una forma social (ley especial y, en su defecto Código Mercantil) y el modo de solución de conflictos entre regulaciones (normas propias del tipo con preferencia a las comunes a todas las sociedades mercantiles), el precepto no se ocupa de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de cooperativas.

El panorama de coexistencia en nuestro Ordenamiento de una Ley estatal de cooperativas —de ámbito de aplicación muy limitado (art. 2 LCoop.)— y dieciséis leyes de cooperativas autonómicas (la última la de la Comunidad Autónoma de Cantabria) dejaría de tener justificación (que no sentido, pues nunca lo tuvo) al declararse por el Código (ley estatal) la mercantilidad de la cooperativa[81]. Ya no resultaría válida la concepción del TC, según la cual «no es admisible una interpretación que conduzca a vaciar de contenido la competencia legislativa de la Comunidad en materia de cooperativas, que hay que entender le viene atribuida por el artículo 10.23 del Estatuto» (FJ 3), ya que, como señala el propio TC, a esta conclusión conducía «la interpretación sistemática de los

preceptos de la Constitución y del Estatuto, situado en el marco constitucional, y que prescinde de cualquier posición doctrinal acerca de si las cooperativas han de calificarse o no como sociedades mercantiles, ya que la interpretación ha de situarse en el contexto del ordenamiento vigente»[82]. Pues bien, si nos situáramos en el contexto del Ordenamiento vigente, una vez se promulgara el Código Mercantil, no se estaría en presencia de discusión doctrinal alguna relativa a la mercantilidad de la cooperativa, sino ante la afirmación de una ley estatal atributiva de dicho carácter. La interpretación sistemática a la que alude el TC inclinaría entonces la balanza hacia la inconstitucionalidad de la ley autonómica de cooperativas pues, al ser materia mercantil, la regulación del régimen sustantivo de esta forma social correspondería en exclusiva al Estado y no se habría podido asumir por los Estatutos de Autonomía competencia exclusiva en la materia. Apuntaba el propio TC en 1983 que «si la regulación de las cooperativas hubiera de calificarse de mercantil (…) hubiera de sostenerse la conclusión de que la Comunidad no tiene competencia legislativa en la materia» (FJ 3)[83]. Escenario que será el que se produzca con la promulgación del Código Mercantil si se mantiene en los términos analizados.

Una de las preguntas que cabría formular tiene que ver con la autoridad del Estado para delimitar lo que sea materia mercantil, esto es, si en cualquier tiempo y momento puede el Estado decidir que un instituto o una institución sean mercantiles. A este respecto, la propia Exposición de Motivos del Código de Comercio vigente deja abierta la concreción de lo que sea mercantil a las combinaciones del porvenir, por lo que entendemos que la respuesta habría de ser afirmativa. Pero, lógicamente, tal pregunta se suscita por la distribución competencial, ya que pese a ser la «legislación mercantil» competencia exclusiva del Estado, las Comunidades Autónomas ostentan a la vez competencia exclusiva —bien por sugerencia constitucional (art. 148.1 CE) o bien por asunción estatutaria (consentida por el TC)— sobre figuras cuya mercantilidad no se cuestiona o no se debería cuestionar[84].

Atendiendo a la sociedad cooperativa, el hecho de que un nuevo Código Mercantil le atribuyera carácter mercantil solo sería, a nuestro juicio, la consecuencia de adaptar la mercantilidad de la cooperativa por el objeto, admitida en el artículo 124 del Código de Comercio (siempre que realice actos de comercio extraños a la mutualidad, como se vio *supra)* a la realidad de la época en que se habría de aplicar el nuevo Código (art. 3.1 CC). Realidad que ha evidenciado los inconvenientes y las repercusiones negativas que la pluralidad legislativa autonómica sobre esta forma social puede representar para la práctica comercial (falta de seguridad jurídica en la determinación de la norma aplicable ante la disparidad de criterios adoptados por cada una, ruptura de la pretendida unidad del mercado interior, dificultades para una efectiva libertad de establecimiento, etc.[85]); y época en la que la cooperativa actúa en el tráfico como una más de las formas sociales mercantiles.

Otra pregunta guarda relación con cuál será, entonces, el futuro de la legislación autonómica de cooperativas. Hasta ahora, el abandono de la competencia estatal en materia de cooperativas en favor de las Comunidades Autónomas; la nula intención del Estado de reservarse, al menos, la regulación de aquellos aspectos netamente mercantiles de la entidad; y la ambigua postura adoptada por el TC, han sido motivos que han llevado a los autores a reclamar una Ley marco[86], una Ley de bases o un texto articulado[87], o una Ley de armonización[88] en el ámbito cooperativo e, incluso, a entender que la propia Ley estatal podría ser utilizada como instrumento de unificación normativa (de ampliar las cooperativas autonómicas el territorio de su actividad cooperativizada para acogerse al régimen de la Ley estatal)[89]. Sin embargo, proclamada la mercantilidad de la sociedad cooperativa, el escenario cambiaría sustancialmente y la regulación de la forma social debería provenir del Estado.

Se ha advertido por algún autor que pese a no ser sencillo reordenar este complejo ámbito normativo no es conveniente, desde el punto de vista de la seguridad jurídica y del fomento de la propia actividad de las sociedades cooperativas dentro y fuera de nuestras fronteras, conservar íntegra esta diversidad. En su opinión, el respeto a los elementos distintivos de la cooperativa puede mantenerse e, incluso, aumentarse, con un escenario normativo más sencillo y homogéneo; criterio razonable que podría articularse mediante una ley de armonización, a la que alude el artículo 150.3 CE[90].

IV. UN NUEVO ESCENARIO COMPETENCIAL

1. Releyendo (para reinterpretar) al Tribunal Constitucional

La STC 72/1983, de 29 de julio, ofrece interesantes consideraciones que, al ser leídas treinta años después, bien pudieran servir para reinterpretar la distribución competencial en materia de sociedades cooperativas y adaptar la situación que se provocará con la atribución (por el Código Mercantil propuesto) de mercantilidad a estas entidades[91].

A) Se plantea el TC como punto de partida el tema del carácter mercantil o autónomo del derecho cooperativo en cuanto que la calificación tiene transcendencia para determinar el ámbito de la competencia asumida por la Comunidad Autónoma (FJ 1) y concluye que esta tiene competencia para regular por Ley las cooperativas, al interpretar de forma sistemática los preceptos de la Constitución y del Estatuto en el marco constitucional en el contexto del ordenamiento (entonces) vigente, prescindiendo de cualquier posición doctrinal acerca de si las cooperativas han de calificarse o no como sociedades mercantiles (FJ 3). Según el TC, como la Constitución no reserva de modo directo y expreso competencia alguna al Estado en materia de cooperativas, la Comunidad tiene las compe-

tencias que haya asumido en su Estatuto de acuerdo con el artículo 149.3 CE, correspondiendo al Estado las no asumidas (FJ 1), sin que sea admisible una interpretación que vacíe de contenido la competencia legislativa de la Comunidad en materia de cooperativas. Claro, que el TC reconoce que si la regulación de las cooperativas hubiera de calificarse de mercantil habría que concluir que la Comunidad no tiene competencia legislativa en la materia, aunque podría tener competencia de desarrollo y/o de ejecución (FJ 3).

Pues bien, de quedar declarado por el Código Mercantil propuesto el carácter mercantil de la cooperativa y, por tanto, siendo irrelevantes las posiciones doctrinales al respecto, e i) interpretando de forma sistemática los preceptos de la Constitución y del Estatuto en el marco constitucional del nuevo contexto del ordenamiento, y ii) sin vaciar de contenido la competencia legislativa de las comunidades autónomas en la materia, resultaría que pueden coexistir la competencia estatal y autonómica en materia de cooperativas. Y ello, a nuestro juicio, por los siguientes motivos: *a)* Por una parte, la forma genérica en que se enuncia en los Estatutos la concreta materia competencial que se asume (v.gr., «cooperativas, pósitos y mutuas no integradas en el sistema de la Seguridad Social, respetando la legislación mercantil»[92]), permite reservar al Estado los aspectos [en el caso que nos ocupa] de Derecho societario reguladores de la sociedad mercantil cooperativa y a las Comunidades Autónomas, por ejemplo, las «actividades de policía administrativa o de establecimiento de servicios de vigilancia, inspección o régimen disciplinario», como señala con carácter general la STC 37/1997, de 27 de febrero[93]. *b)* Y también el artículo 129.2 CE podría ofrecer facultades al alcance competencial autonómico en lo que se refiere a la legislación de fomento de las cooperativas, si bien en este caso compartido con el Estado y los Entes Locales (v.gr., ayudas económicas, incentivos, apoyo al movimiento cooperativo, etc.)[94].

B) La asunción de competencia sobre cooperativas por parte de la Comunidad Autónoma lo es «conforme a la legislación general de carácter mercantil», expresión que, según el TC, «ha de interpretarse en el sentido de que habrá de respetar tal legislación en cuanto sea aplicable a las cooperativas, como sucede en aquellos aspectos en que la legislación general de cooperativas remite a la legislación mercantil o también cuando contiene preceptos mercantiles» (FJ 3). La legislación mercantil actúa, pues, como límite a la competencia autonómica, pero no como un límite «externo» [como se quiso ver en su momento], sino como un límite «interno» por el que distinguir los aspectos sobre los que pueden legislar las Comunidades y los de competencia exclusiva del Estado[95]; entendimiento que hubiera sido suficiente para impedir que las Comunidades Autónomas hubieran regulado la forma social cooperativa. En cualquier caso, la consideración de la cooperativa como sociedad mercantil en el Código Mercantil hace que la «conformidad» de la competencia autonómica sobre cooperativas con la legislación general de carácter mercantil requiera ahora de una nueva

delimitación sustantiva del alcance de tal competencia, pues, como se ha visto, todos los aspectos mercantiles de esa regulación pasarían a ser competencia exclusiva estatal. No obstante, la aclaración seguiría siendo válida para todas las posibles normas sobre cooperativas emanadas de las Comunidades Autónomas en lo que les quedara de competencia.

C) Según el TC, «si en algún supuesto, por aplicación de la legislación general de carácter mercantil, debiera calificarse de sociedad mercantil algún tipo de cooperativa (…) sería de aplicación la legislación mercantil, que es competencia exclusiva del Estado» (FJ 8)[96]. Y qué mejor supuesto que el hecho de que el Código Mercantil (legislación general de carácter mercantil) califique de sociedad mercantil a la cooperativa (no a algún tipo de cooperativa sino, en general, a la forma social cooperativa[97]) para que resulte aplicable la legislación mercantil[98], esto es, la regulación por el Estado de la forma social cooperativa.

Ayuda también la STC 291/2005, de 10 de noviembre, pues el TC afirma en dicho proceso constitucional «que no se discute (…) si el legislador estatal dispone de competencia suficiente para aprobar una norma general de cooperativas»[99]. Lógicamente, se refiere a que el objeto de la controversia es otro distinto, pero lo cierto es que nunca se ha debatido ante el TC el título competencial por el que el Estado dictó la Ley de Cooperativas y esta sigue vigente desde 1999. Bien puede ser esta norma la ley sustantiva reguladora de la forma social mercantil cooperativa ante la que podrían ceder las legislaciones autonómicas; solo habría que derogar su artículo 2 (ámbito de aplicación) y adecuar su contenido a la nueva realidad.

2. La unidad de mercado

En la caótica situación actual, cada ley de cooperativas regula las relaciones jurídicas internas y externas de esta forma social, así como sus derechos y obligaciones, que no tienen por qué coincidir con los previstos en el resto de las leyes de cooperativas, incidiendo por tanto en los aspectos jurídico-privados de la disciplina[100].

Ello puede provocar, por ejemplo, que al constituir una cooperativa se busque el sometimiento a la ley más favorable, produciéndose así el asentamiento de estas sociedades en el territorio autonómico de que se trate[101]; o que los terceros que establezcan relaciones jurídicas con cooperativas que pertenezcan a ámbitos territoriales diversos tengan que considerar la distinta ley aplicable; o la imprevisión de los efectos derivados del traslado del domicilio social de una cooperativa de una a otra Comunidad Autónoma; circunstancias todas ellas que restan seguridad y celeridad al tráfico. Esta situación contrasta fuertemente con la propensión armonizadora e integradora supranacional, consustancial, por otra parte, al Mercado Único Europeo. Y es que, en realidad, en un contexto en

el que el Derecho de sociedades se considera instrumento adecuado para hacer efectivo el Derecho de establecimiento de las personas jurídicas en el seno de la Unión Europea, y en el que la tendencia es la armonización de legislaciones para favorecer los desplazamientos de sociedades de unas esferas normativas a otras, no aparece apropiado que un Estado carezca de una regulación uniforme de la sociedad cooperativa, sujeto también del Derecho de establecimiento comunitario.

Conviene entonces tener en cuenta la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado pues pretende, según su preámbulo, evitar o minimizar las distorsiones que puedan derivarse de la organización administrativa territorial. Partiendo del principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado del artículo 38 CE y de la obligación de los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad (de acuerdo con las exigencias de la economía general), la norma pretende lograr el establecimiento de un entorno económico y regulatorio que favorezca el emprendimiento, la expansión empresarial, la actividad económica y la inversión, en beneficio de los destinatarios de bienes y servicios, operadores económicos y de los consumidores y usuarios[102].

La ley proyectada no tiene como finalidad uniformar los ordenamientos jurídicos puesto que, como ha señalado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, unidad no significa uniformidad, ya que la misma configuración territorial del Estado español supone una diversidad de regímenes jurídicos. El proyecto opta por un modelo de refuerzo de la cooperación entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales y se dicta al amparo de las materias 1.ª, 6.ª, 13.ª y 18.ª del artículo 149.1 CE[103]. De entre las posibles actuaciones que la Ley pone sobre la mesa, hay dos que conviene tener en cuenta en la materia que nos ocupa. Se trata, por una parte, de las conferencias sectoriales; por otra, del control de las actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación.

A) *Las conferencias sectoriales*

Las conferencias sectoriales, previstas en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común[104], están integradas por miembros del Gobierno (en representación de la Administración General del Estado) y miembros de los Consejos de Gobierno (en representación de las Administraciones de las Comunidades Autónomas). Son órganos de cooperación en aquellas materias en las que exista interrelación competencial, con funciones de coordinación o cooperación, según los casos. La doctrina señala que las conferencias sectoriales están llamadas a desempeñar un doble cometido: *a)* asegurar la necesaria coherencia de la actuación de los pode-

res públicos y la imprescindible coordinación, y *b)* intercambiar puntos de vista y examinar en común los problemas de cada sector y las acciones proyectadas para afrontarlas y resolverlas[105]. Incluso pueden acordar la realización de un plan o programa conjunto de los previstos en el artículo 7 de la Ley 30/1992[106].

El instituto de las conferencias sectoriales es uno de los instrumentos de cooperación entre administraciones para garantía de la unidad de mercado que prevé la Ley. De ellas se dice que «analizarán las condiciones y requisitos requeridos para el acceso y ejercicio de la actividad económica (…) e impulsarán los cambios normativos y reformas que podrán consistir, entre otros, en: *a)* Propuestas de modificación, derogación o refundición de la normativa existente, con el fin de eliminar los obstáculos identificados o hacer compatibles con esta ley aquellas normas que incidan en la libertad de establecimiento y de libre circulación de bienes y servicios» (art. 12.2).

Cabe pensar en una conferencia sectorial que analice la situación de la sociedad cooperativa como sujeto de la libertad de establecimiento en nuestras fronteras y, desde esa óptica, estudie la viabilidad de nuestro panorama legislativo. Siendo honestos, la conclusión a la que se debería llegar es a la necesidad de dotar de un régimen jurídico unitario a esta sociedad mercantil debiéndose impulsar la reforma necesaria para ello. Pero, en cualquier caso, dos son los posibles escenarios que cabría pasar a considerar: *a)* uno de ellos tendría como base la final admisión del carácter mercantil de la sociedad cooperativa por haber prosperado la Propuesta de Código Mercantil. En este caso, las leyes autonómicas de cooperativas quedarían sin efecto en todo lo relativo a los aspectos mercantiles de la entidad (por ser competencia exclusiva estatal), por lo que la Conferencia sectorial podría ser utilizada como vehículo de consenso tan solo político para la futura construcción del completo régimen sustantivo de la sociedad cooperativa que competería al Estado, bien incorporándolo al texto del Código Mercantil, bien manteniéndolo en ley especial. *b)* Por el contrario, si la propuesta de mercantilidad de la cooperativa del Código Mercantil no prosperara, el escenario seguiría siendo el mismo que el actual, con leyes autonómicas de cooperativas coexistiendo con la estatal[107]. La Conferencia sectorial debería también ser utilizada para analizar el perfil que cada Comunidad Autónoma impone a las cooperativas que regula, los problemas comunes que subyacen por la pluralidad legislativa y discutir las oportunas líneas de acción a favor de la garantía de la unidad de mercado[108]. Una de las opciones que la Conferencia podría considerar es la oportunidad de una ley de armonización.

B) *Control de las actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación*

Los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen (entre otros) requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos, y que estén basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador, se consideran en la Ley actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación (art. 18.2). Entre estos requisitos discriminatorios la Ley alude a que se exija que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio.

Si se repasa la política de subvenciones de los gobiernos autonómicos que tiene como destinatarias a las sociedades cooperativas, se observa que siempre se exige que estas se encuentren radicadas en sus territorios, lo que conlleva el riesgo de falsear la competencia en el interior del mercado nacional. La entrada en vigor de la Ley obliga a reformular muchas de estas actuaciones, y en definitiva, también se ve afectado el mandato de fomento de las sociedades cooperativas del artículo 129.2 CE.

3. Recapitulación

Llegados a este punto convendría recapitular las conclusiones más relevantes obtenidas hasta el momento. 1) Se ha convenido que lo adecuado hubiera sido considerar la materia «cooperativas» como incluida bajo la expresión «legislación mercantil», pues ello habría evitado la aplicación del mecanismo del artículo 149.3 CE y la asunción por parte de las Comunidades Autónomas de competencia exclusiva sobre cooperativas. 2) El nuevo reconocimiento por parte de la Propuesta de Código del carácter mercantil de la sociedad cooperativa pone en entredicho la cuestión competencial en materia de cooperativas y hace que se tambalee el Bloque de constitucionalidad vigente. La regulación de su régimen sustantivo vendría a corresponder en exclusiva al Estado, por lo que la asunción por los Estatutos de Autonomía de competencia exclusiva en la materia no sería válida resultando, en consecuencia, inconstitucionales las leyes autonómicas de cooperativas. 3) Entendemos, no obstante, que pueden coexistir competencia estatal y autonómica en materia de «cooperativas» si el Estado se reserva los aspectos [en el caso que nos ocupa] de Derecho societario reguladores de la sociedad mercantil cooperativa y las Comunidades Autónomas, por ejemplo, las «actividades de policía administrativa o de establecimiento de servicios de vigilancia, inspección o régimen disciplinario» (STC 37/1997, de 27 de febrero),

teniendo también facultades en orden al fomento de las cooperativas junto con el Estado y los Entes Locales (ayudas económicas, incentivos, apoyo al movimiento cooperativo, etc.). 4) Una conferencia sectorial podría analizar la situación de la sociedad cooperativa como sujeto de la libertad de establecimiento en nuestras fronteras. La conclusión debería ser la necesidad de dotar de un régimen jurídico unitario a esta sociedad mercantil debiéndose impulsar la reforma necesaria para ello. Ahora bien, de no prosperar la afirmación del carácter mercantil de la sociedad cooperativa de la Propuesta de Código Mercantil, se mantendría la situación actual, y cabría sopesar la oportunidad de una ley de armonización para garantizar la unidad de mercado pese a la pluralidad de leyes de cooperativas. De haber prosperado la mercantilidad de la cooperativa, lo oportuno sería elaborar una regulación estatal de la entidad (pues las Comunidades Autónomas habrían dejado de ser competentes) que ofrezca el completo régimen jurídico de la figura[109], bien incluida en el marco del Código Mercantil o, de imponerse el criterio de mantener separada del Código la regulación sustantiva de las formas sociales mutualistas, en la Ley de Cooperativas (estatal), que podría ser la norma ante la que debieran ceder las legislaciones autonómicas; solo habría que derogar su artículo 2 (ámbito de aplicación) y proceder a su actualización.

4. De nuevo la ley de armonización

De prosperar la afirmación del carácter mercantil de la cooperativa, y pese a todo, es decir, pese a que lo que se impone es derogar las leyes autonómicas de cooperativas en su contenido mercantil por ser competencia exclusiva estatal, se podría estudiar la posibilidad de una solución menos drástica que vendría dada por la vía de la ley de armonización[110]. Se trata de un instrumento previsto en el artículo 150.3 CE, por el que se habilita al Estado para dictar leyes que establezcan los principios necesarios para *armonizar las disposiciones* normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de *materias atribuidas a la competencia de estas,* cuando así lo exija el *interés general,* exigencia que habrá de ser valorada por las Cortes Generales (por mayoría absoluta de cada Cámara)[111]. No obstante, la propia esencia de la categoría podría ser el principal obstáculo para su utilización.

A) *Condicionantes políticos y materiales*

El recurso a una ley de armonización impone precaución por tratarse de una categoría poco experimentada en nuestro ordenamiento[112] tras el fallido intento de la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA), y ser escasa la jurisprudencia constitucional al respecto[113]. Desde un punto de vista

político, la ley de armonización pudiera resultar incómoda, pues con ocasión de la LOAPA se alimentó la imagen de ser un instrumento de recorte de los Estatutos de Autonomía y de corrección (en clave centralizadora y uniforme) del modelo constitucional de autonomía[114]; lo que unido al celo competencial de las Comunidades Autónomas parece haber sido suficiente para que no se haya vuelto a pretender la categoría excepcional y de cierre que es la ley de armonización. También existen inconvenientes de orden material pues, de un lado se ha de tratar de materias atribuidas a la competencia de las Comunidades Autónomas; de otro, se exige que cada Cámara valore por mayoría absoluta la concurrencia del interés general; y finalmente, se constriñe el posible contenido de la ley a «principios», a aspectos básicos o directrices necesarios para ordenar el ejercicio de competencias de las Comunidades Autónomas (que estas mantendrían) y no a normas de desarrollo detallado, por lo que podrían surgir controversias entre el contenido permitido constitucionalmente y el desarrollo si este no fuera meramente armonizador[115].

B) *El interés general*

Una de las claves del título constitucional de armonización es el interés general, que habrá de ser evaluado en cada caso[116], aunque su sola constatación no será suficiente para justificar el recurso al mecanismo armonizador, pues resulta obligado interpretar el título específico —en nuestro caso, cooperativas— en el marco constitucional de distribución de competencias. Y ello porque si el interés general se puede tutelar a través de los mecanismos constitucionales «ordinarios» (bases, coordinación, etc.) no procederá acudir al artículo 150.3 CE, norma que completa, sin suplantar, las demás previsiones constitucionales[117].

Desde esta perspectiva, se ha apuntado que una ley de armonización en materia de cooperativas precisaría[118] bien la previa constatación del «olvido» del constituyente en la atribución de título competencial específico al Estado (puesto que las Comunidades Autónomas han asumido competencia exclusiva en la materia con el visto bueno del TC) —lo que en nuestra opinión llevaría al absurdo de pensar que todo lo «mercantil» no expresamente reservado habría sido olvido del constituyente (v.gr., sociedades anónimas)—, o bien el reconocimiento de la incorrecta interpretación del título «legislación mercantil» del artículo 149.1.6.º CE —que es lo que entendemos que fue—. Claro, que el interés general no solo deberá ser analizado con respecto al plano normativo interno, pues la necesidad de armonizar la legislación sobre cooperativas tiene también que ver con la correcta salvaguarda del interés general en el plano nacional *ad extra*[119], esto es, para evitar que el territorio español sea preterido como sede del domicilio de las sociedades cooperativas europeas, habida cuenta el complejo e inseguro ordenamiento cooperativo español sobre el que se viene a superponer

el Reglamento (CE) número 1435/2003, del Consejo, de 22 de julio, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (RSCE)[120].

La atribución del carácter mercantil a la sociedad cooperativa que realiza la Propuesta de Código Mercantil vendría a evidenciar la incorrecta interpretación de los artículos 149.1.6.º CE y 149.3 CE en materia de cooperativas (con las consecuencias que conocemos), por lo que solo se podría pensar en utilizar el instrumento armonizador del artículo 150.3 CE en el supuesto de que se optara por mantener el *status quo* y, para evitar «enfrentamientos», se sostuviera la vigencia de la legislación autonómica (de tan dudosa constitucionalidad), pese a que lo que se impone es la derogación de las leyes autonómicas de cooperativas en su contenido mercantil (de competencia exclusiva estatal)[121]. Solo en ese supuesto el Estado quizá podría tratar de incidir en el (cuestionable) ámbito competencial de las Comunidades Autónomas a través de la técnica armonizadora por las razones de interés general ya apuntadas *supra.* Solución contraria al «sentido común jurídico», pero acaso oportuna y realizable desde el «sin sentido político», cuya viabilidad técnica, en cualquier caso, habrá que comprobar.

Por una parte, la confirmación legal del carácter mercantil de la cooperativa y la garantía de la unidad de mercado podrían aducirse como elementos para que las Cortes Generales apreciaran que, en efecto, concurre el interés general necesario para recurrir a una ley de armonización en materia de cooperativas. Interés general «interno» que, además, se refuerza «externamente», por lo que tiene que ver con la regulación de la sociedad cooperativa europea, habida cuenta el sistema de fuentes que resulta del artículo 8 RCE[122]. Pero por otra, y sin embargo, es doctrina constitucional que el legislador no puede dictar leyes de armonización si dispone de otros títulos específicos previstos en la Constitución para dictar la regulación legal de que se trate[123], por lo que si la materia «cooperativas» se interpretara ahora como de competencia exclusiva estatal, la ley de armonización no sería posible por tener el Estado título competencial suficiente para dictar toda la legislación mercantil en materia de cooperativas[124]. No obstante, como también afirma el TC, lo que explica que la propia Constitución haya previsto la posibilidad de que el Estado incida en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas a través de la técnica armonizadora por razones de interés general es la imposibilidad de que el texto constitucional agote todos los supuestos[125].

Y acaso uno de esos supuestos no agotados por la Constitución es el que tiene lugar cuando de «cooperativas» se trata, pues: *a)* el Estado tendría reservada la competencia exclusiva en los aspectos mercantiles, penales, procesales, laborales y civiles (art. 149.1.6.º-8.º CE) atinentes a las «cooperativas»; *b)* las Comunidades Autónomas mantendrían su competencia en el resto de los posibles aspectos de las cooperativas, como las «actividades de policía administrativa o de establecimiento de servicios de vigilancia, inspección o régimen disciplinario»[126]; *c)* el fomento, a través de una legislación adecuada, de las cooperativas,

ex artículo 129.2 CE sería función tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales (ayudas económicas, incentivos, apoyo al movimiento cooperativo, etc.). Pues, no se olvide, la competencia autonómica literal es «cooperativas», no «sociedades cooperativas»[127].

La ley de armonización tal vez podría ser utilizada en este caso, ya que el TC tiene declarado que «si bien normalmente la armonización afectará a competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, no es contrario a la Constitución que las leyes de armonización sean utilizadas cuando en el caso de competencias compartidas se aprecie que el sistema de distribución de competencias es insuficiente para evitar que la diversidad de disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas produzca una desarmonía contraria al interés general de la nación»[128].

Ahora bien, otra cosa será que la ley de armonización pueda servir para armonizar «el régimen sustantivo de la cooperativa como sociedad mercantil», pues esta no es una competencia compartida, sino exclusiva del Estado. En el epígrafe V se revisa dicho régimen.

C) *Armonización y* ius superveniens

La reforma de algunos Estatutos de Autonomía llevada a cabo en los primeros años del siglo XXI, tal vez haya agravado la situación, puesto que al rediseñar el marco competencial exclusivo autonómico en la materia «cooperativa» se ha puesto un énfasis especial en detallar los aspectos que encierra la competencia asumida[129].

Así, *Cataluña* especifica que incluye la organización y funcionamiento de las cooperativas, lo que engloba: *a)* La definición, denominación y clasificación; *b)* Los criterios sobre fijación del domicilio; *c)* Los criterios rectores de actuación; *d)* Los requisitos de constitución, modificación de los estatutos sociales, fusión, escisión, transformación, disolución y liquidación; *e)* La calificación, la inscripción y la certificación en el registro correspondiente; *f)* Los derechos y deberes de los socios; *g)* El régimen económico y la documentación social; *h)* La conciliación y la mediación; *i)* Los grupos cooperativos y las formas de colaboración económica de las cooperativas. Y también incluye la regulación y el fomento del movimiento cooperativo: *a)* La regulación del asociacionismo cooperativo; *b)* La enseñanza y la formación cooperativas; *c)* La fijación de los criterios, la regulación de las condiciones, la ejecución y el control de las ayudas públicas al mundo cooperativo[130]. *Andalucía* asume el fomento, ordenación y organización del cooperativismo, que incluye: *a)* La regulación del asociacionismo cooperativo; *b)* La enseñanza y la formación cooperativas; *c)* La fijación de los criterios, la regulación de las condiciones, la ejecución y el control de las ayudas públicas al mundo cooperativo[131]. *Aragón* considera

exclusiva la materia sobre cooperativas y entidades asimilables, que incluye la regulación de su organización, funcionamiento y régimen económico, así como el fomento del movimiento cooperativo[132]. *Castilla y León,* por último, se refiere a las cooperativas y entidades asimilables, incluyendo también el fomento del sector de la economía social[133].

Afortunadamente, discutida en sede constitucional esta técnica de descripción de las materias y submaterias sobre las que la Comunidad Autónoma asume competencias (que el Defensor del Pueblo —recurrente— denomina blindaje por descripción[134]), el TC considera que la misma tiene un sentido meramente descriptivo por lo que no impide, limita o menoscaba el ejercicio de las competencias estatales[135], ni limita de manera inconstitucional las facultades del legislador autonómico[136], de forma que los preceptos que se recurren (entre ellos el relativo a la competencia sobre cooperativas) no predeterminan, impiden o inciden en la interpretación del contenido del artículo 149.1 CE[137]. Entendemos, pues, que cabría así hacer caso omiso a las precisiones contenidas en los Estatutos reformados y mantener el alcance que la materia cooperativa sigue teniendo en el resto de Estatutos de Autonomía. Y es que también el TC tiene declarado que las competencias exclusivas del Estado no pueden tener uno u otro alcance según lo dispuesto en los diferentes Estatutos[138].

De nuevo se ha dejado pasar la oportunidad de enjuiciar la constitucionalidad de la competencia exclusiva autonómica sobre cooperativas, pues el TC rechaza el motivo (posible inconstitucionalidad) sin realizar un juicio individualizado sobre cada disposición impugnada por entender que este no procede habida cuenta que el recurrente —Defensor del Pueblo— no argumenta sobre la posible inconstitucionalidad de cada artículo, sino que se limita a hacer mención de la predeterminación que los preceptos impugnados hacen del alcance del artículo 149.1 CE. Y es doctrina reiterada del TC que es carga del recurrente, «no solo abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también colaborar con la justicia del Tribunal mediante un pormenorizado análisis de las cuestiones que se suscitan[139].

V. SOBRE EL RÉGIMEN SUSTANTIVO DE LA SOCIEDAD COOPERATIVA TRAS LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

Una construcción coherente del nuevo sistema habría de partir del estudio de la cooperativa desde el prisma del Derecho de sociedades, en el que se integra como una más de las formas societarias (mercantiles) que ofrece nuestro Ordenamiento[140]. Como ya se ha indicado por algún autor, en este nuevo escenario, el régimen general de las sociedades mercantiles contenido en el Código Mercantil ocuparía un papel relevante en la ordenación de la sociedad cooperativa, pues sería «una base normativa destacada para servir a la regulación de las sociedades

cooperativas, y, quizá también, de elemento coadyuvante para la interpretación de los preceptos que les sean aplicables»[141].

Ciertamente las previsiones de la Propuesta de Código contenidas en el Libro II (disposiciones aplicables a todas las sociedades mercantiles) harán más liviano el trabajo de construcción del régimen jurídico de la sociedad cooperativa al quedar acotadas —en todo lo no previsto— las particularidades merecedoras de un trato diferenciado. La estructura y contenido del Libro II citado así lo permite, pues aborda en su Título I (de las sociedades mercantiles) las cuestiones generales aplicables a todas las formas sociales, régimen que se completa con las cuentas anuales (Título IV), las modificaciones estatutarias (Título V) y estructurales (Título VI), así como con los institutos de la separación y exclusión de socios y el proceso de disolución, liquidación y extinción de las sociedades mercantiles (Título VII), sin olvidar las uniones de empresas (Título IX). Las sociedades de personas y las sociedades de capital merecen un tratamiento separado en los Títulos II y III, respectivamente, y dentro de ellos, se contienen capítulos dedicados a las disposiciones comunes y capítulos reservados para cada forma social en concreto. En la tradicional distinción entre sociedades personalistas, de capital y mutuas, se echa en falta en la Propuesta de Código el régimen de estas últimas, como ya quedó apuntado *supra.*

1. Régimen jurídico general contenido en la Propuesta de Código Mercantil

Indica el artículo 211-2 de la Propuesta de Código Mercantil que: «1. En defecto de norma con rango de ley que les sea específicamente aplicable, las sociedades mercantiles se regirán por las disposiciones contenidas en este Código. 2. Las normas propias de cada tipo social prevalecerán sobre las comunes a toda clase de sociedades mercantiles». Precepto que se ha de interpretar sabiendo que el régimen común de las categorías «sociedades personalistas» y «sociedades de capital» se contiene en el propio Código, y que las normas propias de los tipos (formas) sociedad colectiva, comanditaria simple, anónima, comanditaria por acciones, y responsabilidad limitada, por ejemplo, también están previstas en el Código. De donde resulta que la «ley específicamente aplicable» con preferencia al contenido del Código en el marco de las categorías indicadas no es otra que la propia de cada tipo especial o subtipo (v.gr., sociedad anónima deportiva o laboral). En la medida que las sociedades de base mutualista no van a encontrar su regulación incorporada al Código (salvo cambio de criterio), la interpretación del artículo 211-2 respecto de ellas no puede ser la de que el contenido del Código solo se les aplicará si no hay norma con rango de ley que les sea específicamente aplicable, pues ello llevaría al absurdo de excluir la aplicación de las normas generales previstas en el Código para todas las sociedades mercantiles a las formas sociales mutualistas.

El orden de prelación de normas sería, por tanto, el siguiente: 1.º) Ley especial del subtipo (prevalece la ley especial frente a la ley general); 2.º) Norma especial del tipo —o forma— (sigue prevaleciendo la ley especial frente a la general); 3.º) Norma general de la categoría (que sigue siendo especial frente a la general común); 4.º) Norma general de las sociedades mercantiles.

A) *La cooperativa y el régimen jurídico general de las sociedades mercantiles*

a) Como sociedad mercantil, la cooperativa quedaría sometida a las disposiciones aplicables a todas las formas sociales del Título I. En especial, a las *disposiciones generales* donde se predica su mercantilidad, se dispone la norma aplicable, se concreta la capacidad de la sociedad y se impone el principio de igualdad de trato (Capítulo I). Las reglas relativas a la *denominación social, nacionalidad, domicilio y página web* (Capítulo II) vendrían a llenar importantes lagunas del régimen actualmente vigente para la cooperativa, descoordinado en materia de denominaciones, precisado de integración en cuestión de nacionalidad, caótico en lo que al domicilio concierne, y ausente cuando se trata de sucursales o de página web. El procedimiento de *constitución* (Capítulo III) dotaría a la sociedad cooperativa de mayor solvencia en el tráfico en lo que a capacidad para constituir la sociedad y a la eficacia de la declaración de voluntad del socio se refiere, protegiendo las aportaciones sociales, participando de las reglas generales de escritura y estatutos comunes al resto de formas mercantiles, incorporando los pactos parasociales, y viéndose beneficiada por todo el acervo de nuestro ordenamiento relativo a la sociedad en formación, la nulidad de la sociedad inscrita y las peculiaridades de la falta de inscripción. La adopción, documentación e impugnación de *acuerdos sociales* (Capítulo IV) quedaría también unificada con respecto al resto de formas sociales, haciendo más fácil el trabajo para el aplicador del derecho. El cargo de *administrador* quedaría detallado sin las remisiones actuales al régimen de la sociedad anónima que contienen las leyes de cooperativas, pues tanto los aspectos generales de la administración de la sociedad como los deberes de los administradores y la responsabilidad de estos quedan detallados en el Código (Capítulo V).

b) Las *cuentas anuales* de la sociedad cooperativa tienen en la Propuesta de Código su régimen genérico (Título IV), que se completa a efectos materiales con la Orden EHA/3360/2010 por la que se aprueban las Normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas que adapta las condiciones concretas del sujeto contable. Dichas Normas son obligatorias para todas las cooperativas, a excepción de las de crédito y seguros, que se rigen por sus disposiciones específicas contables.

c) En la vigente legislación cooperativa se echa en falta el régimen jurídico de las *modificaciones estatutarias*. El Título V de la Propuesta llenaría ese vacío

tanto desde el punto de vista de las formalidades del acuerdo de modificación como desde la perspectiva de la tutela de los socios. Además, y pese al carácter variable del capital de la sociedad cooperativa, hay situaciones en las que, al menos la reducción, debería disponer de normas concretas en garantía de socios y terceros, y estas se encuentran en el Código Mercantil. Por lo que se refiere a las *modificaciones estructurales,* tras la desafortunada exclusión de las cooperativas del ámbito de aplicación de la Ley de modificaciones estructurales, la existencia de un régimen común de este tipo de operaciones para todas las sociedades mercantiles tan solo ofrecería seguridad jurídica. La cooperativa es una sociedad apta para la transformación, la participación en procesos de fusión y/o escisión, así como la cesión global de activo y pasivo (tanto homogéneo —entre cooperativas— como heterogéneo —con otras formas sociales—). No compartimos la exclusión que hace la Propuesta de la sociedad cooperativa como sujeto de una fusión transfronteriza (art. 263-39) y se nos escapan las razones que hayan movido a los redactores de la Propuesta para hacerlo, pero, de mantenerse así la previsión, se estaría discriminando a la cooperativa. La posibilidad del traslado internacional del domicilio social también está ausente en el régimen actual de la sociedad cooperativa por lo que la Propuesta ofrece a esta una regulación muy necesaria (Título VI). En materia de *separación y exclusión de socios,* y pese al principio de puerta abierta, el hecho de que la cooperativa se pueda beneficiar de un régimen de estas instituciones consolidado no puede ser más que beneficioso (Título VII). Basta con preservar el régimen específico de la baja del socio y de la expulsión, tan propio y particular de las cooperativas. Finalmente, y dejando a salvo las especialidades en sede de liquidación derivadas del régimen económico y financiero privativo de la sociedad cooperativa, las normas que regulan el proceso de *disolución, liquidación y extinción* de las sociedades mercantiles dotarán de seguridad jurídica al sistema. El pasivo y activos sobrevenidos, ausentes en la legislación cooperativa, contribuyen a la seguridad mencionada.

d) La sociedad cooperativa también puede ser sujeto integrante de un grupo de sociedades, tanto por coordinación como por subordinación. Si bien la figura del grupo paritario encaja mejor en la estructura de la sociedad cooperativa, nada impide que esta sea la sociedad dominante de un grupo por subordinación por lo que el Título IX (de las uniones de empresas) también integrará el régimen sustantivo de la sociedad cooperativa. Y lo mismo para el caso de las uniones temporales de empresas, instrumento útil para la integración cooperativa.

B) *Adaptación al régimen jurídico general de las sociedades mercantiles*

La adaptación de estatutos ha de ser la técnica a utilizar para adecuar el contenido de escrituras y estatutos redactados conforme a cada concreta ley de

cooperativas a las exigencias del régimen general de las sociedades mercantiles brevemente expuesto. Se haría preciso incluir en la Propuesta de Código Mercantil una Disposición Transitoria que le abriera la puerta, fundamentalmente porque en la Disposición Derogatoria no se hace referencia ni a la Ley de Cooperativas ni a las leyes autonómicas de cooperativas. En realidad, lo que provocará la promulgación del Código Mercantil será el desplazamiento de ciertos aspectos de las leyes de cooperativas a favor del régimen general de las sociedades mercantiles que aquel contiene, pues las previsiones de las leyes de cooperativas que fueran contrarias a este deberán quedar sin efecto, al igual que las disposiciones de las escrituras o estatutos sociales que se opongan a lo establecido en el mismo, sin que puedan regular los actos que realicen a partir de la entrada en vigor del Código por ser ineficaces desde ese momento siendo independiente tal ineficacia de su constancia registral[142]. Al nuevo régimen habrán de adaptar sus estatutos todas las cooperativas existentes a la fecha de su promulgación; obligación legal que se traducirá en la forzosa modificación de los estatutos sociales en un plazo determinado y según las reglas previstas[143]. Recuérdese que según el TC, «la legislación sobre Cooperativas de la Comunidad Autónoma debe respetar la legislación mercantil del Estado en lo que resulte aplicable a estas sociedades» (FJ 3).

2. El (omitido) régimen común de las sociedades mutualistas

Mutuas, Cooperativas y Sociedades de Garantía Recíproca son las formas sociales de carácter mutuo que prevé nuestro Ordenamiento. No debería la Propuesta de Código Mercantil haber omitido la redacción de un conjunto de disposiciones comunes a todas ellas expresivas de las peculiaridades de esta categoría en lo que se refiere a la constitución, aportaciones sociales y órganos. Sin embargo, desde un punto de vista de oportunidad de técnica legislativa entendemos la solución, pues al margen de que el denominador común de las sociedades mutualistas sea, valga la redundancia, la mutualidad, pocas normas comunes cabría extraer del régimen que conocemos de las sociedades mutuas, de las de garantía recíproca y de las cooperativas para que viniera a completar las disposiciones específicas de las formas sociales mutualistas, como sucede en la Propuesta con respecto a las sociedades de personas y de capital. En el sector de las sociedades de carácter mutuo, las normas especiales se completan con las normas generales aplicables a todas las sociedades mercantiles, sin tramo intermedio.

3. Régimen propio de la sociedad mercantil cooperativa

A) *Disposiciones comunes*

El régimen propio de la sociedad cooperativa requiere, por una parte, *disposiciones comunes a todas las clases, tipos y subtipos de cooperativas,* en las que se habrían de incluir: *a)* las disposiciones generales atinentes al concepto legal de sociedad cooperativa y principios cooperativos; actividad cooperativizada; objeto social; ámbito de la actividad cooperativizada; responsabilidad de los socios, domicilio, denominación social; operaciones con terceros; régimen de las secciones y secciones de crédito. También serán precisas las reglas especiales en materia de: *b)* constitución de la entidad, con referencia a la escritura e inscripción en el Registro Mercantil (otorgamiento de la escritura, contenido, estatutos sociales, responsabilidad de los fundadores, inscripción) y al régimen jurídico externo de las sociedades cooperativas en formación (responsabilidad de quienes hubiesen actuado, de la sociedad en formación, de la sociedad inscrita). Merecen un tratamiento detenido: *c)* los socios —y, en su caso, asociados o cooperadores— debiendo definir las personas que pueden ser socios, las clases de estos, sus derechos y obligaciones así como la adquisición y pérdida de la condición de socio. En materia de: *d)* órganos sociales habrá que perfilar el régimen jurídico de asamblea general, consejo rector, interventores y, en su caso comité de recursos, abriendo paso también al arbitraje y la mediación. Habida cuenta su diferencia con respecto al del resto de sociedades mercantiles, el *e)* régimen económico-financiero y del capital social será objeto de minuciosa atención el capital social mínimo, el desembolso del capital, el régimen de las aportaciones, las otras posibles formas de financiación, los fondos sociales y lo relativo a los resultados del ejercicio y su imputación. Las especialidades en materia de *f)* disolución, liquidación y extinción cerrarían las previsiones contenidas en las disposiciones comunes.

B) *Otras disposiciones comunes*

Por otra parte, la profusión de clases de cooperativas demanda la concreción y detalle de las normas aplicables a cada una de ellas en atención a su especificidad. Y, habida cuenta los tipos especiales de cooperativas surgidos en los últimos años, estos también precisarán regulación. La cooperativa de segundo grado —como alternativa a la de primero— deberá tener previstas sus reglas de funcionamiento, al igual que los grupos cooperativos y las otras formas de integración y colaboración. La Sociedad Cooperativa Europea debería incluir su regulación en este marco general.

Como se observa, todos los aspectos revisados en A) y B) son puramente mercantiles, por lo que quedarían a la competencia exclusiva del Estado.

C) *Asociacionismo cooperativo y relaciones con la Administración Pública*

Es lugar común en la legislación cooperativa regular en la ley sustantiva las formas de *asociación* de las sociedades cooperativas facilitando la creación de estas agrupaciones a los efectos de incentivar el movimiento cooperativo, tanto a nivel estatal como autonómico. También es frecuente la previsión de un órgano asesor y consultivo de la Administración (General del Estado o de la Comunidad Autónoma) para las actividades de este relacionadas con las cooperativas, que suele actuar como un órgano de colaboración y coordinación del movimiento cooperativo y la correspondiente Administración pública. Finalmente, por lo que se refiere a las competencias de inspección y sancionadoras, corresponden tanto al Ministerio competente como a las Comunidades Autónomas en función del ámbito de actuación de la cooperativa.

4. Qué queda a la armonización

Habida cuenta el régimen expuesto, poco espacio queda para una ley de armonización en materia de cooperativas, pues aquella, por concepto, se ha de limitar a establecer principios o directrices que modulen u ordenen el ejercicio de sus competencias propias por parte de las Comunidades Autónomas[144].

El régimen jurídico general de las sociedades mercantiles contenido en la Propuesta de Código Mercantil acota una materia que ya no precisaría de armonización pues, como se ha indicado *supra,* provoca el desplazamiento de las leyes de cooperativas (estatal y autonómicas) a favor de aquel, puesto que las previsiones de estas que fueran contrarias quedarían sin efecto, al igual que las disposiciones de las escrituras o estatutos sociales que se opongan a lo establecido en el mismo. Tampoco precisaría de la técnica armonizadora, aunque por razones diferentes, todo lo relacionado con el asociacionismo cooperativo y las relaciones con las Administraciones Públicas. Tanto la regulación estatal sobre estos extremos como la autonómica pueden coexistir sin fricción siendo el criterio territorial el imperante en ambos aspectos.

Quedaría para la pretendida ley de armonización el régimen propio de la sociedad mercantil cooperativa, tanto en las disposiciones generales como en las específicas para las clases y tipos de cooperativas, cooperativas de segundo grado, grupos cooperativos y, en general, integración cooperativa; sin olvidar la Sociedad Cooperativa Europea. Solo en este marco es en el que se mantendría la eficacia de las leyes de cooperativas (estatal y autonómicas) para el caso [más que probable, pero no deseable] de que la Disposición Derogatoria del Código Mercantil no las incluya en el elenco de disposiciones que quedan derogadas. Pero eso sería tanto como pretender dotar a la ley de armonización que se ocupe de la sociedad cooperativa de un contenido que reúna todos los aspectos que

precisa la regulación sustantiva de la entidad[145], lo que es incompatible con su esencia. Disciplinar la sociedad mercantil cooperativa excede de la potencialidad de la ley de armonización, constreñida a dictar los principios o directrices que modulen la competencia autonómica. Para que la pretensión sea viable, el contenido de la norma habría de versar únicamente sobre los criterios orientadores para esas disposiciones generales y especiales de la sociedad cooperativa. La tarea, pese a su dificultad, es realizable desde un punto de vista jurídico; como tantas otras veces, todo dependerá de la voluntad política.

VI. CONCLUSIONES

I. La sociedad cooperativa ha sido objeto de un intenso debate doctrinal en torno a su naturaleza jurídica, cuestionándose su condición de sociedad y, en el caso de ser esta admitida, su carácter civil o mercantil. La falta de un criterio unitario a este respecto determinó [indirectamente] la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de «cooperativas», ya que ni siquiera el Tribunal Constitucional, cuando ha tenido ocasión de hacerlo, se ha pronunciado sobre la consideración de la cooperativa como institución incluible bajo la rúbrica «legislación mercantil» o «legislación civil», competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6 y 8 CE). En la actualidad, la mayoría de la doctrina se resiste a admitir la exclusión de la sociedad cooperativa del catálogo de formas sociales de nuestro Ordenamiento, pues parece no haber razón suficiente para negar tal naturaleza o para defender su consideración como un *tertium genus* entre la sociedad y la asociación. Más aún, se propone la consideración de la cooperativa como una más entre las sociedades mercantiles y la utilización del criterio de la forma para atribuirle tal carácter.

II. En nuestro particular criterio, la clave para reconocer el carácter mercantil de la cooperativa se encuentra en la referencia a la realización de actos de comercio extraños a la mutualidad que exige el artículo 124 del Código de Comercio a esos efectos. Dichos actos no han de ser otros que los propios del objeto social de la sociedad cooperativa, tal y como este se concibe en el resto de las formas sociales. La actuación del objeto social por parte de la cooperativa se realiza hacia el exterior, pertenece al ámbito de las relaciones externas de la entidad y queda, por tanto, fuera de la mutualidad. El objeto social sirve de forma instrumental a la actividad cooperativizada que resulte propia a cada cooperativa según su clase. Esta última, por el contrario, queda inmersa en la mutualidad, en el ámbito de las relaciones internas de la cooperativa con sus socios. Ni siquiera en el supuesto de que la actividad cooperativizada se realice con terceros se puede hablar de actividad extraña a la mutualidad: esa actuación tan solo implica extensión de la mutualidad hacia quienes no son socios. Por ello, consideramos que el criterio para atribuir a la sociedad cooperativa carácter

civil o mercantil ha de ser el del objeto, lo que nos sitúa, aunque por un camino distinto, al lado de las formas sociales personalistas a estos efectos (arts. 116 CCom. y 1670 CC). Así, puesto que el Código no regula las cooperativas pero admite que puedan ser mercantiles si realizan actos de comercio, y dado que la legislación especial no se ha atrevido a instituir su mercantilidad por la forma, no cabe duda de que en las cooperativas rige el criterio sustantivo propio del Derecho común centrado, como es sabido, en la actividad en que consista su objeto social. En la medida en que este se corresponda con una actividad comercial la cooperativa deberá ser calificada como sociedad mercantil.

III. Con esta solución habrá que afrontar, caso por caso, el problema de calificar la actividad constitutiva del objeto social de la cooperativa para, si es mercantil, atribuirle la condición de comerciante, lo que resta seguridad jurídica y se ignora el hecho de que la cooperativa desarrolla una actividad dirigida al mercado según el modelo de organización empresarial. Se explica así que un sector de nuestra doctrina haya propuesto una interpretación que generalice a las cooperativas el carácter de comerciante por razón de la forma, mientras que otro considera que este criterio, aplicable a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, se ha extendido ya sustancialmente a las sociedades cooperativas.

IV. Con ocasión de las primeras leyes autonómicas de cooperativas, el TC dejó pasar la oportunidad de explicitar la inclusión del régimen jurídico de la sociedad cooperativa en el término «legislación mercantil» del artículo 149.1.6.º CE y adoptó una posición —presuntamente— conciliadora de los intereses autonómicos y estatales, sin advertir las ulteriores consecuencias (negativas) de esta solución. Como resultado, la competencia en materia de cooperativas se asumió por las Comunidades Autónomas «conforme a la legislación general en materia mercantil». Según el TC, «no puede calificarse a la materia cooperativa como mercantil de manera que el mandato del artículo 149.1.6.º de la Constitución, que atribuye al Estado la legislación mercantil, viniera a vaciar de contenido las competencias atribuidas en el Estatuto, sin perjuicio de que la legislación sobre Cooperativas de la Comunidad Autónoma debe respetar la legislación mercantil del Estado en lo que resulte aplicable a estas sociedades». En realidad, el problema no era ese, sino determinar si la materia cooperativa era o no competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas; la consecuencia no hubiera sido «vaciar de contenido las competencias atribuidas en el Estatuto» sino extraer del mismo las competencias que nunca debió asumir, pues entendemos que, bien subsumida en la expresión «legislación mercantil» o bien fuera de dicho adjetivo, la regulación de la sociedad cooperativa debió atribuirse al Estado. Como también afirma el TC en otras sentencias, es al Estado a quien compete la regulación jurídico-privada de las relaciones surgidas en el tráfico comercial y solo justifica la potestad legislativa autonómica en materias con clara incidencia del «interés público».

V. La Propuesta de Código Mercantil hace expresa atribución de mercantilidad a las sociedades cooperativas, a las mutuas de seguros y a las sociedades de garantía recíproca (art. 211-1,1), pasando a ser sujetos inscribibles en el Registro Mercantil bajo el principio de obligatoriedad de inscripción (art. 140-2.*c)*. Este reconocimiento pone en entredicho la cuestión competencial en materia de cooperativas (y también de mutuas no integradas en el sistema de seguridad social) y hace que se tambalee el (inconsistente) Bloque de constitucionalidad vigente en esta materia, máximo cuando en los aspectos competenciales la Propuesta se presenta «temerosa» al no incorporar la regulación de estas formas sociales al texto del Código, «habida cuenta de que, tanto la especialidad tipológica, como otras consideraciones de índole competencial, no aconsejaban su inclusión en él». A nuestro juicio, la alusión a las cuestiones competenciales no ofrece seguridad jurídica ni asegura la unidad de mercado.

VI. Atribuir carácter mercantil a la cooperativa es otorgarle la condición de empresario, y a este, «como figura central, le es plenamente aplicable el estatuto mercantil; en consecuencia, la sociedad cooperativa pasaría a integrar la materia sexta del artículo 149.1 CE. La balanza se inclinará hacia la inconstitucionalidad de las leyes autonómicas de cooperativas pues, al ser materia mercantil, la regulación del régimen sustantivo de esta forma social correspondería en exclusiva al Estado y no se habría podido asumir por los Estatutos de Autonomía competencia exclusiva en la materia. Apuntaba el propio TC en 1983 que «si la regulación de las cooperativas hubiera de calificarse de mercantil (…) hubiera de sostenerse la conclusión de que la Comunidad no tiene competencia legislativa en la materia».

VII. Ahora bien, de quedar declarado por el Código Mercantil el carácter mercantil de la cooperativa y, por tanto, siendo irrelevantes las posiciones doctrinales al respecto, e i) interpretando de forma sistemática los preceptos de la Constitución y del Estatuto en el marco constitucional del nuevo contexto del ordenamiento, y ii) sin vaciar de contenido la competencia legislativa de las comunidades autónomas en la materia, resultaría que pueden coexistir la competencia estatal y autonómica en materia de cooperativas. Y ello, a nuestro juicio, por los siguientes motivos: *a)* por una parte, la forma genérica en que se enuncia en los Estatutos la concreta materia competencial que se asume (v.gr., «cooperativas, pósitos y mutuas no integradas en el sistema de la Seguridad Social, respetando la legislación mercantil»), permite reservar al Estado los aspectos [en el caso que nos ocupa] de Derecho societario reguladores de la sociedad mercantil cooperativa y a las Comunidades Autónomas, por ejemplo, las «actividades de policía administrativa o de establecimiento de servicios de vigilancia, inspección o régimen disciplinario», como señala con carácter general la STC 37/1997, de 27 de febrero. *b)* Y también el artículo 129.2 CE podría ofrecer facultades al alcance competencial autonómico en lo que se refiere a la legislación de fomento de las cooperativas, si bien en este caso compartido

con el Estado y los Entes Locales (v.gr., ayudas económicas, incentivos, apoyo al movimiento cooperativo, etc.). Ciertamente, la STC 72/1983, de 29 de julio, ofrece interesantes consideraciones que, al ser leídas treinta años después, bien pudieran servir para reinterpretar la distribución competencial en materia de sociedades cooperativas y adaptar la situación que se provocará con la atribución (por el Código Mercantil propuesto) de mercantilidad a estas entidades.

VIII. La Ley de Garantía de la Unidad de Mercado pretende, según su preámbulo, evitar o minimizar las distorsiones que puedan derivarse de la organización administrativa territorial. De entre las posibles actuaciones hay dos que conviene tener en cuenta en la materia que nos ocupa. Se trata, por una parte, las conferencias sectoriales; por otra, del control de las actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación. Cabe pensar en una conferencia sectorial que analice la situación de la sociedad cooperativa como sujeto de la libertad de establecimiento en nuestras fronteras y, desde esa óptica, estudie la viabilidad de nuestro panorama legislativo. Siendo honestos, la conclusión a la que se debería llegar es a la necesidad de dotar de un régimen jurídico unitario a esta sociedad mercantil debiéndose impulsar la reforma necesaria para ello. En cuanto a la libertad de establecimiento, la entrada en vigor de la Ley obliga a reformular muchas actuaciones de las Comunidades Autónomas de promoción de las cooperativas, afectando, incluso, al mandato de fomento de las sociedades cooperativas del artículo 129.2 CE.

IX. De prosperar la afirmación del carácter mercantil de la cooperativa, y pese a que lo que se impone es derogar las leyes autonómicas de cooperativas en su contenido mercantil por ser competencia exclusiva estatal, se podría estudiar la posibilidad de una solución menos drástica que vendría dada por la vía de la ley de armonización. Solo en ese supuesto y por razones de interés general el Estado podría tratar de incidir en el (cuestionable) ámbito competencial de las Comunidades Autónomas a través de la técnica armonizadora. El TC tiene declarado que «si bien normalmente la armonización afectará a competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, no es contrario a la Constitución que las leyes de armonización sean utilizadas cuando en el caso de competencias compartidas se aprecie que el sistema de distribución de competencias es insuficiente para evitar que la diversidad de disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas produzca una desarmonía contraria al interés general de la nación».

X. Sin embargo, queda poco espacio para una ley de armonización en materia de cooperativas pues, por concepto, se ha de limitar a establecer principios o directrices que modulen el ejercicio de competencias propias de las Comunidades Autónomas. Con independencia de ello, el régimen jurídico general de las sociedades mercantiles contenido en la Propuesta de Código Mercantil acota una materia que ya no precisaría de armonización pues, provoca el desplazamiento de las leyes de cooperativas (estatal y autonómicas) a favor de aquel.

Tampoco precisaría de la técnica armonizadora, aunque por razones diferentes, todo lo relacionado con el asociacionismo cooperativo y las relaciones con las Administraciones Públicas. Tanto la regulación estatal sobre estos extremos como la autonómica pueden coexistir sin fricción siendo el criterio territorial el imperante en ambos aspectos.

XI. Quedaría para la pretendida ley de armonización el régimen propio de la sociedad mercantil cooperativa, tanto en las disposiciones generales como en las específicas para las clases y tipos de cooperativas, cooperativas de segundo grado, grupos cooperativos y, en general, integración cooperativa; sin olvidar la Sociedad Cooperativa Europea. Pero eso sería tanto como pretender dotar a la ley de armonización que se ocupe de la sociedad cooperativa de un contenido que reúna todos los aspectos que precisa la regulación sustantiva de la entidad, lo que es incompatible con su esencia. Para que la pretensión sea viable el contenido de la norma habría de versar únicamente sobre los criterios orientadores para esas disposiciones generales y especiales de la sociedad cooperativa.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

1. Tribunal Constitucional

- STC 39/1981, de 16 de noviembre.
- STC 72/1983, de 29 de julio.
- STC 76/1983, de 5 de agosto.
- STC 14/1986, de 31 de enero.
- STC 88/1986, de 1 de julio.
- STC 37/1997, de 27 de febrero.
- STC 291/2005, de 10 de noviembre.
- STC 13/2007, de 18 de enero.
- STC 247/2007, de 12 de diciembre.
- STC 31/2010, de 28 de junio.
- STC 137/2010, de 16 de diciembre.

2. Tribunal Supremo

- STS de 22-1-1904.
- STS de 21-6-1996.
- STS de 24-1-1990.

3. Dirección General de los Registros y del Notariado

- RDGRN de 13-12-1985.
- RDGRN de 20-3-1986.
- RDGRN de 29-2-1990.
- RDGRN de 18-2-1991.
- RDGRN de 25-7-1992.
- RDGRN de 15-11-1993.
- RDGRN de 1-4-1997.
- RDGRN de 30-4-1997.
- RDGRN de 11-12-1997.
- RDGRN de 14-10-1999.
- RDGRN de 20-4-2010.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Alfonso Sánchez, R. (1997): «Ámbito subjetivo de la transformación en la legislación cooperativa. Algunos aspectos críticos», en *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 87, págs. 178-193.

— (1999): «La reforma de la legislación estatal sobre sociedades cooperativas: su incidencia en las Comunidades Autónomas sin ley reguladora», en *La Ley,* núm. 4750, de 9-3-1999, págs. 1-6.

— (2000a): *La integración cooperativa y sus formas de realización: la cooperativa de segundo grado.* Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2000b): «Aspectos básicos de la nueva regulación de la Sociedad Cooperativa (Ley 27/1999, de 16 de julio)», en *Cuadernos de Derecho y Comercio,* núm. 31, págs. 161-199.

— (2002a): «La cooperativa de segundo grado como tipo legal de sociedad cooperativa», en AA.VV.: *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero,* vol. IV, Madrid, McGraw-Hill, págs. 4573-4604.

— (2002b): *Transformación de la sociedad cooperativa.* Madrid, Edersa.

— (2006a): «La sociedad cooperativa europea. Un nuevo tipo social en un escenario complejo», en *Noticias de la Unión Europea,* enero, págs. 19-34.

— (2006b): «El desarrollo normativo de la sociedad cooperativa europea: propuestas de implantación», en AA.VV.: *La implantación del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea.* Boletín de la Academia Vasca de Derecho*,* núm. 2, extraordinario. Bilbao. Ed. AVD-Diputación Foral de Vizcaya, págs. 11-52.

— (2009): «La legislación española sobre cooperativas y sociedades laborales. ¿Una respuesta adecuada a las necesidades del sector?», en *CIRIEC. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa,* núm. 20, págs. 9-41.

— (2010): «Respuesta del Ordenamiento jurídico español ante la realidad de la Sociedad Cooperativa Europea», en *CIRIEC. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa,* núm. 21, págs. 1-30.

ALONSO ESPINOSA, F. J. (1997): *Esquemas de Derecho Mercantil.* Murcia, FJAE.

ARROYO, I. (1989): «Prólogo», en *Primera edición de la Legislación sobre cooperativas,* Madrid, Tecnos, págs. 11-18.

BALLESTERO, E. (1983): *Teoría económica de las cooperativas,* Madrid, Alianza.

— (1990): *Economía Social y empresas cooperativas,* Madrid, Alianza Universidad.

BARBERENA, I. (1992): *Sociedades Cooperativas, anónimas laborales y agrarias de transformación. Régimen fiscal.* Pamplona, Aranzadi.

BERCOVITZ, A. (1998): «Noción y características de la sociedad de responsabilidad limitada», en BERCOVITZ (coord.): *La sociedad de responsabilidad limitada,* Pamplona, Aranzadi, págs. 73-100.

BERCOVITZ, A./BROSETA, M. (1986): «Mutuas de seguros, prima fija y carácter no mercantil», en *Revista de Derecho Mercantil,* núms. 179-180, págs. 7-59.

BLANCO CAMPAÑA, J. (1980): *Régimen Jurídico de la contabilidad de los empresarios,* Madrid, Instituto de Ciencias Jurídicas.

BROSETA PONT, M. (1986): «Ponencia sobre el estado actual y perspectivas del Derecho Mercantil», en AA.VV., MOTOS/BLANCO (coord.): *Centenario del Código de Comercio,* vol. I, Madrid, págs. 434-435.

— (1994): *Manual de Derecho Mercantil.* Madrid, Tecnos, 10.ª ed.

BUENDÍA, I. (1999): *La integración comercial de las sociedades cooperativas,* Madrid, Consejo Económico y Social.

CAPILLA RONCERO, F. (1991): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* T. XXI, vol. 1.º, *Artículos 1665 a 1708.* Madrid, Edersa (art. 1665).

CARRERAS ROIG, L. (2011): «Consideraciones en torno al posible carácter mercantil de las sociedades cooperativas y acerca de las limitaciones a la realización de operaciones con terceros no socios de estas entidades», en *Revista de Estudios Cooperativos,* núm. 106, págs. 55-73.

CASAS BAAMONDE, E. (1986): «Regulación jurídica de las cooperativas: distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en *Primeros Encuentros Cooperativos de la Universidad del País Vasco,* Vitoria, PPV, págs. 7-33.

COSCULLUELA MONTANER, L. (2001): *Manual de Derecho Administrativo, I,* Madrid, Civitas, 12.ª ed.

CRUZ VILLALÓN, P. (1983): «¿Reserva de Constitución? (Comentario al Fundamento Jurídico cuarto de la sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA)», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 9, págs. 185-208.

DE LA CÁMARA, M. (1972): *Estudios de Derecho Mercantil,* I, vol. 2.º, Madrid, Centro de Estudios Tributarios.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. (2004): «¿Es el Estatuto de Autonomía una norma capaz de modular el alcance de la legislación básica del Estado?», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 72, págs. 135-162.

DÍAZ MORENO, A. (1994): «La disciplina de la transformación en el proyecto de ley de sociedades de responsabilidad limitada», en *Cuadernos de Derecho y Comercio,* núm. 13, págs. 151-196.

— (1996): «El Derecho Mercantil en el marco del sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez,* I. Madrid, Civitas, págs. 227-272.

DIVAR, J. (1984): *Lecciones de Derecho Mercantil,* Bilbao, Universidad de Deusto, 3.ª ed.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J. (1988): «Mutuas y cooperativas en la nueva legislación ordenadora del seguro privado», en VERDERA (dir.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado,* T. I, Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, págs. 308-422.

EIZAGUIRRE, J. M. (1997): «La transformación de la sociedad de responsabilidad limitada», en PAZ-ARES (coord.), AA.VV.: *Tratando de la Sociedad de Responsabilidad Limitada,* Madrid, Fundación Cultural del Notariado, págs. 861-883.

EMBID IRUJO, J. M. (1998): «Problemas actuales de la integración cooperativa», en *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 227, págs. 7-36.

— (2013): *«La sociedad cooperativa y el derecho de sociedades»* [en línea] disponible en http://commenda.es/actualidad_interior/144/la-sociedad-cooperativa-y-el-derecho-de-sociedades.html, consultado el 19-8-2013.

FAUCEGLIA, G. (1982): «Oggetto sociale e prestazione mutualistica nelle società cooperative», en *Giurisprudenza Commerciale*, II, págs. 233-246.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (1999): *Fundamentos de Derecho Mercantil, I, Introducción y empresa,* Valencia, Tirant lo Blanch.

FERNÁNDEZ RUIZ, J. L. (1991): *Fundamentos de Derecho Mercantil.* Madrid, Edersa.

FONT GALÁN, J. I. (1997): «Prólogo», en PANIAGUA ZURERA, M. (1997): *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa,* Madrid, McGraw-Hill.

GADEA SOLER, E. (1994): «Análisis histórico-legislativo en torno a la sociedad cooperativa», en *Anuario de Estudios Cooperativos*, págs. 101-198.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (1991): «La competencia exclusiva del estado sobre la "legislación mercantil"», en *Revista de Derecho Mercantil,* núms. 199-200, págs. 7-38.

GARCÍA-GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, C. (1998): «La necesidad de la consideración de la sociedad cooperativa como entidad mercantil para la adecuada regulación», en *Revista de Estudios Cooperativos,* núm. 66, págs. 207-234.

GASCÓN HERNÁNDEZ, J. (1957): «Las cooperativas desde el punto de vista del Derecho Mercantil», en *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 65, págs. 97-102.

GIRÓN TENA, J. (1976): *Derecho de sociedades,* I, Madrid, G.T.

GÓMEZ CALERO, J. (1975): «Sobre la mercantilidad de las cooperativas», en *Revista de Derecho Mercantil,* págs. 301-348.

GONDRA ROMERO, J. M.ª (1992): *Derecho Mercantil, I, Introducción.* Madrid, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho (UCM).

GONZÁLEZ PÉREZ, J./GONZÁLEZ NAVARRO, F. (2003): *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común,* T. I. Madrid, Civitas.

JIMÉNEZ CAMPO, J.: «Voz: Ley de Armonización», en *Enciclopedia Jurídica Básica,* vol. III, págs. 4001-4003.

LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros (1998): *Elementos de Derecho Civil,* I, *Parte general,* vol. 2.º *(Personas)* —ed. revisada por DELGADO—. Madrid, Dykinson.

LEÓN SANZ, F. J. (1998): «Modificaciones estructurales de sociedades cooperativas. Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en AA.VV.: *Estudios de Derecho Mercantil, Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez,* vol. I. Valladolid, Universidad de Valladolid, págs. 465-488.

LÓPEZ GUERRA, L. y otros (2003): *Derecho Constitucional 2. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado.* Valencia: Tirant lo Blanch, 6.ª ed.

LÓPEZ NIETO, F. (1992): *Manual de Asociaciones.* Madrid: Tecnos, 3.ª ed.

LLOBREGAT HURTADO, M.ª L. (1990): *Mutualidad y empresas cooperativas,* Barcelona, Bosch.

LLOBREGAT, M. L. (1999): «Régimen económico de las sociedades cooperativas en el marco de la nueva Ley General de Cooperativas, de 16 de julio de 1999», en *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 13, págs. 190-228.

MANGAS MARTÍN, A./LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (2002): *Instituciones y Derecho de la Unión Europea,* Madrid, Tecnos, 3.ª ed.

MARTÍNEZ CHARTERINA, A. (1990): *Análisis de la integración cooperativa,* Bilbao, Universidad de Deusto.

MENÉNDEZ, A. (1982): *Constitución, sistema económico y Derecho Mercantil,* Madrid, Universidad Autónoma de Madrid.

— (1990): «El Derecho Mercantil en el siglo XXI», en *La Ley,* vol. 4, págs. 1197-1203.

MONTILLA MARTOS, J. A. (2006): «La legislación básica tras las reformas estatutarias», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 78, págs. 105-150.

MONZÓN CAMPOS, J. L. (1994): «Principios cooperativos y realidad cooperativa en España», en MONZÓN/ZEVI (dirs.): *Cooperativas, mercado, principios cooperativos,* Valencia, Ciriec-España.

MORILLAS, M. J./FELIÚ, M. I. (2002): *Curso de Cooperativas,* Madrid, Tecnos, 2.ª ed.

PANIAGUA ZURERA, M. (1997): *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa,* Madrid, McGraw-Hill.

PANTALEÓN, F. (1993): «Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código Civil)», en *Anuario de Derecho Civil,* T. XLVI, núm. 1, págs. 5-56.

PARDO LÓPEZ, M. M. (2008): En ESCUIN IBÁÑEZ, I./PARDO LÓPEZ, M. M. (2008): «Sistema de fuentes de la Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España. Importancia de los estatutos sociales», en ALFONSO (dir.): AA.VV.: *La Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España,* Pamplona, Thomson Aranzadi, págs. 97-140.

PAREJO ALFONSO, L. (1983): «Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional, de 5 de agosto de 1983, relativa al Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, págs. 147-184.

PAZ-ARES, C. (1991a): «Ánimo de lucro y concepto de sociedad (Breves consideraciones a propósito del artículo 2.2 LAIE)», en AA.VV.: *Derecho Mercantil de la Comunidad Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena,* Madrid, Civitas, págs. 729-753.

— (1991b): *Comentario del Código Civil (arts. 1665 y sigs.),* Madrid, Ministerio de Justicia, págs. 1299-1523.

— (1992a): «Comentario al artículo 2.2», en PAU PEDRÓN (coord.), AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico,* Madrid, Tecnos, págs. 36-46.

— (1992b): «La sociedad mercantil: mercantilidad e irregularidad de las sociedades», en URÍA/MENÉNDEZ (dirs.): *Curso de Derecho Mercantil, I,* Madrid, Civitas, págs. 491-525.

PAZ CANALEJO, N./VICENT CHULIÁ, F. (1989): *Ley General de Cooperativas (Comentarios al Código de Comercio y Legislación mercantil especial),* T. XX, vol. 1.º, Madrid, Edersa.

— (1994): *Ley General de Cooperativas (Comentarios al Código de Comercio y Legislación mercantil especial),* T. XX, vol. 3.º, Madrid, Edersa.

QUINTANA, I. (1985): «La materia mercantil en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en RETORTILLO (coord.), *De la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional,* Zaragoza, CSIC, págs. 537-538.

RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A. (1992): *Manual de Derecho Mercantil,* Bilbao, Deusto.

SÁNCHEZ CALERO, F. (1976): «Los conceptos de sociedad y empresa en la ley de cooperativas», en AA.VV.: *Homenaje a Ramón María Roca Sastre,* vol. III, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, págs. 493-524.

— (1999): *Instituciones de Derecho Mercantil,* Madrid: McGraw-Hill, 22.ª ed.

SÁNCHEZ CALERO/OLIVENCIA RUIZ (1964): «Relaciones del régimen jurídico de las sociedades mercantiles y de las sociedades cooperativas», en AA.VV., *El cooperativismo en la coyuntura española actual,* Madrid, CESCVC, págs. 135-176.

SANTOS, V. (1980): «Las secciones de cooperativas en el Derecho español», en *Revista Jurídica de Cataluña,* núm. 4, págs. 957-1010.

— (1982): «Modelo económico y unidad de mercado en la Constitución Española de 1978», en AA.VV.: *El desarrollo de la Constitución Española de 1978,* Zaragoza, Pórtico, págs. 359 y sigs.

SERRA RODRÍGUEZ, A.: *II. Personas jurídicas: Cooperativas* [en línea] disponible en http://www.uv.es/sgecc/10.pdf, págs. 1-38.

TORNOS MÁS, J. (1994): «Las conferencias sectoriales», en *Documentación Administrativa,* núm. 240, págs. 71-91.

URÍA, R. (1997): *Derecho Mercantil,* Madrid, Marcial Pons, 24.ª ed.

URÍA, R./MENÉNDEZ, A./VERGEZ, M. (1999): «Sociedades cooperativas», en URÍA/MENÉNDEZ (dirs.): *Curso de Derecho Mercantil, I.* Madrid, Civitas, págs. 1279-1302.

VERGEZ SÁNCHEZ, M. (1973): *El Derecho de las cooperativas y su reforma,* Madrid, Civitas.

VERRUCOLI, P. (1962): «Voz: Cooperative (imprese)», en CALASO (dir.), *Enciclopedia del Diritto,* vol. X. Varese, Giuffrè, págs. 552-574.

VICENT CHULIÁ, F. (1971): *Concentración y Unión de empresas ante el Derecho español,* Madrid, Confederación Española de Cajas de Ahorro.

— (1976): «Las empresas mutualísticas y el Derecho Mercantil en el Ordenamiento español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 512, págs. 69-135.

— (1978): «Los órganos sociales de la cooperativa», en *Revista Jurídica de Cataluña,* núm. 1, págs. 65-118.

— (1981): «El accidentado desarrollo de nuestra legislación cooperativa», en AA.VV.: *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo,* Madrid, *Revista de Derecho Privado,* págs. 1209-1256.

— (1985): «La legislación cooperativa autonómica», en *Revista Jurídica de Cataluña,* págs. 369-406.

— (1992): «Nota a la Resolución de la DGRN, de 25 de julio de 1992, caso JAJIEL, S. L.», en *Revista General de Derecho,* págs. 10279-10284.

— (1993): «Problemas candentes de la sociedad anónima», en *Revista General de Derecho,* núm. 591, págs. 11909-11942.

— (1998): «Mercado, principios cooperativos y reforma de la legislación cooperativa», en *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa,* núm. 29, págs. 7-33.

— (1999): «La Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas Estatal», en *Revista General de Derecho,* núm. 663, págs. 14561-14583.

NOTAS

[1] Puede verse en ALFONSO SÁNCHEZ (2000a, págs. 357-375).

[2] Críticamente sobre la calificación societaria, VICENT CHULIÁ (1976, págs. 69-135); VICENT CHULIÁ (PAZ CANALEJO/VICENT CHULIÁ, 1994, pág. 349), quien la considera un *tertium genus* respecto a la sociedad y a la asociación. GASCÓN HERNÁNDEZ (1957, pág. 102) las calificaba como instituciones incardinadas en el ámbito del Derecho económico-social. Por su parte, CAPILLA RONCERO (1991, pág. 23) y LÓPEZ NIETO (1992, pág. 33), la consideran asociación de interés particular. También en contra de la calificación de la cooperativa como sociedad, en la consideración de que el ánimo de lucro es elemento esencial del concepto, del que carece la cooperativa, DÍAZ MORENO (1994, pág. 164 y sigs.) y PAZ CANALEJO (en PAZ CANALEJO/ VICENT CHULIÁ, 1989, pág. 18 y sigs.).

[3] Básicamente la Ley de Cooperación de 2-1-1942 y su Reglamento de 11-11-1943.

[4] GÓMEZ CALERO (1975, págs. 301-348) sintetiza el estado de la cuestión en tres etapas: hasta el Código de Comercio de 1885, hasta el Decreto-ley de Cooperativas de 4-7-1931 y hasta la Ley General de Cooperativas de 19-12-1974.

[5] Concepto amplio de sociedad formulado por GIRÓN TENA y seguido por la mayoría de nuestra doctrina mercantilista.

[6] Con respecto a la noción de lucro como *ventaja patrimonial o económica:* DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (1972, págs. 158-173); URÍA (1997, pág. 166); y LLOBREGAT HURTADO (1990, págs. 33-38); sobre la consideración del *ahorro en el gasto* como finalidad también lucrativa: SÁNCHEZ CALERO/OLIVENCIA RUIZ (1964, págs. 135-176, 144-147); MARTÍNEZ CHARTERINA (1990*,* pág. 71); ARROYO (1995, págs. 13-15); BERCOVITZ (1998, pág. 77); BERCOVITZ/BROSETA (1986, págs. 7-59); PANIAGUA ZURERA (1997, pág. 398); PANTALEÓN (1993, págs. 5-56); PAZ-ARES (1991a*,* pág. 731 y sigs.); PAZ-ARES (1991b, págs. 1299-1523).

[7] Para VICENT CHULIÁ no es suficiente un ahorro o economía; es preciso el fin o causa contractual de obtener una ganancia o lucro repartible entre los socios [ánimo de lucro como elemento esencial tipológico de la sociedad en nuestro Derecho]. A título de ejemplo, VICENT CHULIÁ (1992, págs. 10279-10284); VICENT CHULIÁ, 1993, pág. 11911 (en especial, debate doctrinal contenido en nota 19).

[8] Con base en la noción amplia de sociedad reconocen la naturaleza societaria de la cooperativa GIRÓN TENA (1976, pág. 111); SÁNCHEZ CALERO/OLIVENCIA RUIZ (1964, págs. 138-143); LLOBREGAT HURTADO (1990, págs. 156-180) y LEÓN SANZ (1998, pág. 468). Con base en la noción amplia de lucro societario califican de sociedad a la cooperativa BERCOVITZ (1998, pág. 77); BERCOVITZ/BROSETA (1986, págs. 36-3); URÍA (1997, pág. 166-577); DE LA CÁMARA (1972, págs. 171-177); LACRUZ BERDEJO y otros (1998, pág. 261). Por último, cabe citar la RDGRN de 29-2-1990 (sobre registro de sucursal de sociedad extranjera), que defiende también un concepto amplio de sociedad mercantil, y toma como orientación «el concepto de sociedad establecido en el artículo 58 del Tratado de Roma, precepto que afirma que por sociedades se entiende las sociedades de Derecho Civil o Mercantil, incluso las sociedades cooperativas (…)».

[9] Lo que ya contaba con cierto respaldo positivo desde que el artículo 1 del Reglamento de cooperativas (RD 2396/1971, de 13 de agosto) sustituyera la idea de «lucro mercantil» por la de «lucro derivado de la intermediación». De esta manera, el lucro excluido de la sociedad cooperativa es el especulativo.

[10] Sobre el particular, VERGEZ SÁNCHEZ (1973, págs. 73, 77-78); ARROYO (1989, págs. 13-14); PANIAGUA ZURERA (1997, pág. 377).

[11] Sobre el reconocimiento del carácter societario de la cooperativa en los artículos 87.3 y 90.2 LSRL, así como en la sistemática de dicho texto legal, vid. EIZAGUIRRE (1997, pág. 869).

[12] Así puede verse en SÁNCHEZ CALERO/OLIVENCIA RUIZ (1964, pág. 139).

[13] Según LLOBREGAT HURTADO (1990, págs. 171-172), la cooperativa es una sociedad al tener su origen en un contrato surgido de la promoción de un fin común entre los socios, con un patrimonio afectado a un fin social, sometida a unos requisitos de publicidad, que

desarrolla una actividad social con pretensión de permanencia, y con una finalidad lucrativa entendida como cualquier ventaja patrimonial o económica.

[14] Vid. BALLESTERO (1983); BALLESTERO (1990), LEÓN SANZ (1998, pág. 469).

[15] Con respecto a este tema, vid. SÁNCHEZ CALERO/OLIVENCIA RUIZ (1964, págs. 153-154). Por su parte, DUQUE DOMÍNGUEZ (1988, págs. 351-352) niega la condición de empresario de la cooperativa por entender que empresarios lo son el conjunto de cooperativistas. Opinión de la que discrepamos, pues la calificación de empresario atribuida a los socios haría recaer sobre ellos su estatuto jurídico, lo que en ningún caso está previsto en las leyes de cooperativas.

[16] En este punto, el artículo 124 del Código de Comercio habría de ser reinterpretado, pues las clases de cooperativas que en él se citan son las conocidas en la época del Código, apareciendo el resto posteriormente. Por ejemplo, en la legislación de casas baratas (Ley de 10-12-1921 y su Reglamento de 8-7-1922) se encuentra el origen de las cooperativas de viviendas, al considerar cooperativas a las asociaciones que se dedicaran a construir casas solamente para sus socios. La omisión más relevante del artículo 124 del Código de Comercio es la relativa a las cooperativas agrarias, pero puede encontrarse cierta justificación a la misma en la medida que el Código de Comercio (art. 326.2) no considera comercio algunas actividades de carácter extractivo (agrícola, ganadera, pesquera).

[17] Puesto de manifiesto por LLOBREGAT HURTADO (1990, págs. 119-122).

[18] Pues al operar únicamente con sus socios no obtendrían un verdadero beneficio que distribuir.

[19] De forma que las cooperativas serían mutualistas o mercantiles. Distinción que no compartimos por entender que lo mutualista no se contrapone a lo mercantil, sino tan solo a lo capitalista. Seguimos así la opinión de FONT GALÁN (1997, XXXII), para quien «lo mercantil abarca tanto lo capitalista como lo mutualista. A su vez, lo mutualista abraza tanto lo no lucrativo como lo lucrativo. No hay, pues, contradicción entre mutualidad y lucro». Para el autor, la sociedad mercantil cooperativa se diferencia de las demás sociedades mercantiles ordinarias (capitalistas y personalistas) en el modo de actuar o explotar la actividad empresarial, pues hay un modo o estilo mutualista y otro capitalista.

[20] Así lo entendió la STS de 22-1-1904 (CJC, T. 97, 1904, S. núm. 28) al manifestar que «ningún artículo del Código de Comercio se opone a que las sociedades cooperativas puedan ser mercantiles». En el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO/OLIVENCIA RUIZ (págs. 964, 169) señalan que «el legislador admite que las cooperativas puedan tener por objeto propio actos considerados en el Código como de comercio».

[21] PANIAGUA ZURERA (1997, pág. 137, nota 140).

[22] Exposición de Motivos del Código de Comercio de 18 de marzo de 1882.

[23] PAZ-ARES (1991a, pág. 752), afirma que la causa de la sociedad no puede identificarse ya con el criterio material del ánimo de lucro sino en el formal del fin común, y propone una concepción de la causa societaria plural y fungible, apta para encuadrar los mas distintos fines (lucrativos, consorciales, mutualistas, ideales, etc.), con independencia de que se persigan por motivos egoístas o altruistas.

[24] Para LLOBREGAT HURTADO (1999, págs. 190-228) el artículo 58.3 de la Ley de Cooperativas ha introducido en la cooperativa el «ánimo de lucro» que caracteriza a las sociedades mercantiles al permitir el reparto de una parte de los beneficios extracooperativos disponibles.

[25] «Lo verdaderamente significativo es que haya actividad empresarial; es decir, organización orientada a obtener resultados económicos. La rentabilidad económica, bien porque se obtienen beneficios, ya porque se abaratan costes, son los parámetros de la mercantilidad. La ecuación mercantil-lucro ha dado paso al binomio mercantil-economicidad» (ARROYO, 1989, pág. 13).

[26] Como se ha señalado, «finalidad mutualista pero no actividad exclusivamente mutualista» (MONZÓN CAMPOS, 1994, pág. 118). La posibilidad de realizar operaciones con terceros fue señalada por GIRÓN como rasgo coadyuvante a la subsistencia de la cooperativa como tipo societario independiente de la cooperación (GIRÓN TENA, 1976, pág. 101). La realización de actividades y servicios cooperativizados con terceros no socios tiene lugar, para cada clase de

cooperativa, si la Ley lo ha previsto y en las condiciones y con las limitaciones establecidas (cfr. art. 4.1 LCoop.).

[27] Así, por ejemplo, la LGC excluía las operaciones con terceros (salvo autorización administrativa o habilitación legal), en cooperativas de transportistas (art. 142), de seguros a prima fija (art. 143.1.*b)*, sanitarias de seguros a prima fija (art. 144.2) y educacionales (art. 146).

[28] PAZ-ARES (1992b, pág. 502). Por ejemplo, FONT GALÁN (1997, XXX) considera que el artículo 124 del Código de Comercio «más bien quiso decir "actos u operaciones con terceros"; pero habló de "actos extraños a la mutualidad", con lo que cometió el error histórico (que es casi un «pecado contra el espíritu» [mutualista], el más grave de todos los pecados) de tecnificar jurídicamente el concepto normativo y axiológico de mutualidad cooperativa para un asunto de reconocimiento de mercantilidad, cuestión estrictamente técnico-jurídica». Por contra, un significativo sector de nuestra doctrina no admite que la simple extensión a no socios de la actividad cooperativizada determine la calificación mercantil de la cooperativa. Así, VICENT CHULIÁ (1971, pág. 575) y PAZ CANALEJO (PAZ CANALEJO/VICENT CHULIÁ, 1989, págs. 7-8, 17-18, 22-23).

[29] Las leyes de cooperativas contemplan esta triple posibilidad de actuación estableciendo consecuencias diferentes para cada una de ellas, en particular respecto al destino de los resultados derivados de su realización.

[30] A través del principio de puerta abierta se fomenta la incorporación en calidad de socio de quien tenga la necesidad socio-económica para la cual se constituye la cooperativa. Esto se constata, por ejemplo, en la LRFC, que sanciona con la pérdida de la protección fiscal a las cooperativas que infrinjan los límites legales para la operatoria con terceros (art. 13.10 LRFC); de manera que en vez de admitir la participación de terceros o de ampliar el porcentaje de su participación en la actividad cooperativizada, si es que esta demanda más partícipes, que se incorporen como socios.

[31] Así, VERRUCOLI (1962, págs. 556-558) considera que, si bien el carácter mutualista exige que la sociedad opere solo con socios, las relaciones cooperativas con no socios no siempre suponen la pérdida del carácter cooperativo; o incluso puede que este sea el que justifique las relaciones con no socios para extender así los servicios al mayor número de personas pertenecientes al grupo o categoría sociológica del que la cooperativa emana. Por el contrario, para PAZ-ARES (1992.ª, pág. 37), las figuras mutualistas se caracterizan por la exclusividad de las operaciones que realizan con sus socios y si operan con terceros, aunque sea parcialmente, no se estará ante una sociedad mutualista sino ante una sociedad ordinaria que opera prevalentemente con sus socios. Aunque el autor reconoce que la LGC era una excepción al permitir que la cooperativa efectuara, bajo ciertas condiciones, operaciones con terceros.

[32] En cuyo marco es posible realizar cualquier actividad económica [lícita]; vid. artículo 1.2 de la Ley de Cooperativas.

[33] En este sentido indican SÁNCHEZ CALERO/OLIVENCIA RUIZ (1964, pág. 146) que el objeto social es desarrollado por la cooperativa con el deseo de obtener un beneficio —un incremento del valor de su patrimonio— para así poder retribuir al máximo a los socios.

[34] Así, FAUCEGLIA (1982, pág. 246), distingue entre «objeto de la prestación mutualística y objeto de la sociedad cooperativa»; el primero se tutela con los instrumentos contractuales tradicionales; el segundo, con el sistema de impugnación de acuerdos sociales.

[35] V.gr., el objeto social de una cooperativa de trabajo asociado será cualquier actividad de producción de bienes y servicios para terceros. El de una cooperativa de viviendas adquirir, parcelar y urbanizar terrenos. El de una cooperativa de seguros, la actividad aseguradora. En una cooperativa sanitaria, la atención sanitaria. En una cooperativa de enseñanza, la actividad docente, etc. Como ha señalado el TC (STC 72/1983, de 29 de julio, dictada con ocasión del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 1/1982, de 11 de febrero, de Cooperativas del País Vasco) «una cooperativa de consumo habrá de comprar los productos que vende a sus socios y en determinados supuestos a terceros, y una cooperativa de producción habrá de vender lo producido. Es una actividad inherente a determinadas cooperativas el poder establecer relaciones como las señaladas, actividad que realiza exactamente igual que otra persona jurídica» (FJ 4). Vid. también STS de 21-6-1996 (R.Ar. 5322).

[36] Algunos autores sostienen la mercantilidad de las cooperativas argumentando que desarrolla actividades empresariales, que puede prestar sus servicios cooperativizados a no socios y que está sujeta a los procedimientos de suspensión de pagos y quiebra. Así, DÍVAR (1984, págs. 172-174); URÍA (1997, pág. 500); FERNÁNDEZ RUIZ (1991, pág. 399); RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE (1992, pág. 351).

[37] Por todos, GIRÓN TENA (1976, pág. 203). RDGRN de 25-7-1992 *(BOE* 14-10-1992).

[38] Una distinción similar aborda PAZ-ARES (1992a, págs. 37-38) respecto de la actividad de la AIE: *operaciones mediante las cuales* se desarrolla el objeto social (operaciones internas que integran la actividad auxiliar para la que se constituyó la AIE y que solo se pueden realizar con los socios) y *operaciones instrumentales* para el desarrollo del objeto social (operaciones externas respecto de las cuales la AIE opera en el mercado como cualquier otra persona jurídica).

[39] V.gr., SA, SRL., S.Com.p.A., SGR, AIE, las cuales son comerciantes *ex lege,* con independencia del carácter comercial o no de su objeto social; vid. PAZ-ARES (1992b, pág. 497).

[40] Así, por ejemplo, VERRUCOLI (1962, pág. 569) entiende que las consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de las operaciones realizadas entre la cooperativa y sus socios no afectan a la posible calificación de la cooperativa como sociedad mercantil. A este particular, en nuestra doctrina, VERGEZ SÁNCHEZ (1973, págs. 81-82).

[41] En este punto coinciden el artículo 124 y la Exposición de Motivos del Código de Comercio, al exigir el primero la realización de *actos de comercio extraños a la mutualidad* y la segunda el *ejercicio habitual de algunos actos de comercio que merezcan aquella denominación.*

[42] En Alemania el criterio de comerciante por razón de la forma para atribuir la condición jurídica de empresario surge históricamente en la ley de Cooperativas de 1868 (parágrafo 17.7 GenG) y se aplica poco después a la sociedad anónima (AktG de 1870) y a la sociedad limitada (GmbhG de 1892). Sobre estos extremos, LEÓN SANZ (1998, pág. 469).

[43] La cooperativa tiene carácter neutro en cuanto que su estructura es apta para obtener —igual que le sucede a la sociedad anónima o a la sociedad de responsabilidad limitada— varios fines en abstracto, necesitando la ulterior concreción de los mismos en función del objeto en concreto. Lo que diferencia ese carácter neutral de la cooperativa del que se observa en las formas sociales respecto de las que se predica, es la mercantilidad por la forma atribuida por sus leyes especiales.

[44] En general, sobre la mercantilidad de las sociedades por el objeto, véanse las RDGRN de 13-12-1985, 20-3-1986, 1-4-1997, 30-4-1997, 11-12-1997 y 20-4-2010. Según esta última, «y ello no solo desde el punto de vista económico (interposición en el tráfico, habitualidad, ánimo especulativo) sino, también, desde el estrictamente jurídico, toda vez que se pretende la realización de forma permanente, a través de una organización estable y adecuada al efecto y con ánimo lucrativo, de genuinas actividades empresariales».

[45] BARBERENA (1992, pág. 65); FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (1999, pág. 132); GIRÓN TENA (1976, págs. 113-114); GONDRA ROMERO (1992, págs. 141-142); LEÓN SANZ (1998, pág. 469).

[46] En este sentido, PAZ-ARES (1991b, pág. 1381); GADEA SOLER (1994, pág. 198).

[47] Y a nuestro juicio, cuando tal tarea se aborda por las Comunidades Autónomas, en una clara invasión de la esfera competencial del Estado. Vid. también GARCÍA-GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (1998, págs. 207-234).

[48] Puede verse en ALFONSO SÁNCHEZ (2000a, págs. 376-390).

[49] Como señala DÍAZ MORENO (1996, pág. 266) si las cooperativas son empresarios desde un punto de vista económico e intervienen en el mercado, su regulación debería ser uniforme en todo el territorio nacional.

[50] SSTC, núms. 72/1983, de 29 de julio; 44/1984, de 27 de marzo; 165/1985, de 5 de diciembre, sobre legislación cooperativa en general y sobre cooperativas de crédito en particular, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

[51] El TC señala que «prescinde de cualquier posición doctrinal acerca de si las cooperativas han de considerarse o no como sociedades mercantiles» (FJ 3, STC 72/1983, de 29 de julio).

No obstante, DÍAZ MORENO (1996, pág. 267) considera que «de sus afirmaciones se evidencia que para formar su opinión ha tenido en cuenta consideraciones extraídas de ámbitos ajenos al propio marco constitucional.

[52] STC 72/1983, de 29 de julio.

[53] Para DÍAZ MORENO (1996, pág. 267), no solo es el título competencial «legislación mercantil» el que queda afectado por la doctrina del TC en materia de cooperativas, pues los registros de cooperativas, verdaderos registros de seguridad jurídica (no meramente administrativos) y con claros efectos en las relaciones *inter-privatos,* deberían ser competencia exclusiva del Estado en virtud del artículo 149.1.8.º CE. Vid. VICENT CHULIÁ [en PAZ CANALEJO/VICENT CHULIÁ (1989), págs. 370, 395-399].

[54] Se pretende evitar que la distribución competencial «desintegre» la unidad (aunque no uniformidad) del mercado (STC 72/1983, de 29 de julio).

[55] El propio TC así parecía entenderlo al indicar que tanto en el «escrito por el que se promueve el recurso como en los escritos de alegaciones (…), se plantea como punto de partida el tema del carácter mercantil o autónomo del derecho cooperativo en cuanto esta calificación tiene transcendencia para determinar el ámbito de la competencia asumida por la Comunidad Autónoma del País Vasco en su Estatuto que es, en definitiva, el punto central que debemos examinar (STC 72/1983, de 29 de julio, FJ 1).

[56] «(…) si la regulación de las cooperativas hubiera de calificarse de mercantil y si por ello hubiera de sostenerse la conclusión de que la Comunidad no tiene competencia legislativa en la materia habría de afirmarse simultáneamente que la inclusión de la competencia (…) no era correcta» (FJ 3, STC 72/1983, de 29 de julio).

[57] Dictada con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno central contra determinados preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 12/1983, de 22 de junio, [sobre los principios ordenadores de la Hacienda del País Vasco]. El conflicto derivaba de la creación en dicha Ley de una sociedad mercantil especial, diferenciada de la sociedad anónima, y por la regulación de su régimen jurídico básico. Esta sentencia retoma la doctrina de la STC 39/1981, de 16 de noviembre, sobre Centros de Contratación de Cargas en Transporte Terrestre de Mercancías [vid. comentario en GARCÍA DE ENTERRÍA (1991, pág. 31)].

[58] Así GARCÍA DE ENTERRÍA (1991, pág. 31).

[59] DÍAZ MORENO (1996, pág. 252, nota 56).

[60] SSTC 39/1981, de 16 de noviembre, 14/1986, de 31 de enero, y 88/1986, de 1 de julio. Sobre ellas, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA (1991, pág. 30 y sigs.).

[61] VICENT CHULIÁ (1981, págs. 1246-1247).

[62] Vid. BROSETA PONT (1994, págs. 396-397). No así ALONSO ESPINOSA (1997, pág. 23) quien considera a las cooperativas «operadores económicos organizados cuyo estatuto jurídico se especializa respecto del general del comerciante, al tiempo que, en ciertos aspectos, quedan asimilados, pero sin que pueda llegar a afirmarse que son comerciantes (...) dado que su actividad la realizan principalmente con sus socios y no con terceros indeterminados (...)».

[63] SÁNCHEZ CALERO (1999, pág. 224) incluye a las cooperativas dentro del ámbito de estudio de las sociedades mercantiles por entender que al «ejercitar una actividad empresarial se transforman en empresarios sociales (así expresamente STS de 24-1-1990, R.Ar. 22)», aún con un régimen especial. Sobre la evolución de la relación entre la cooperativa y el régimen de las sociedades mercantiles, vid. SÁNCHEZ CALERO (1976, págs. 493-524). Para PANIAGUA ZURERA (1997, pág. 141) «la solución preferible acerca de la mercantilidad de la sociedad cooperativa pasa por el reconocimiento del carácter mercantil de este tipo social, en razón al ejercicio organizado de una actividad empresarial en y para el mercado».

[64] URÍA/MENÉNDEZ/VERGEZ (1999, pág. 1283) estiman que la calificación de la cooperativa como sociedad mercantil no solo se desprende de que se le someta a las normas que configuran el estatuto jurídico del empresario, sino de todo el fundamento de su regulación. MORILLAS/FELIÚ (2002) consideran que la cooperativa es una sociedad mercantil especial, y también CARRERAS ROIG (2011, pág. 59). BUENDÍA (1999) se pronuncia a favor del carácter mercantil de la cooperativa, al igual que LLOBREGAT HURTADO (1999, págs. 190-228).

[65] Sánchez Calero/Olivencia Ruiz (1964, pág. 157). En este sentido, la STS de 24-1-1990 (R.Ar. 22) señala que: «(…) el Derecho Mercantil actual, que contempla básicamente la actividad empresarial como fin esencial del Derecho Mercantil, extremos tenidos en cuenta sin duda alguna por el legislador al dictar las normas reguladoras de las cooperativas y su similitud con las de las sociedades anónimas aún cuando no se ha producido la modificación del Código de Comercio, superado por una realidad social cambiante, en la que, en el momento presente, puede calificarse a las sociedades cooperativas como empresarios sociales, tengan o no un fin lucrativo, alcanzándole, ciertamente, muchas disposiciones mercantiles, que han de ser respetadas por el legislador autonómico, según mandato constitucional (art. 149 CE)».

[66] Como pone de manifiesto Menéndez (1999, pág. 1198): «las cooperativas, nacidas para suprimir la función intermediadora del empresario, se acomodan en su disciplina, de modo progresivo, a las normas propias de este status». En el mismo sentido, Blanco Campaña (1980, pág. 164).

[67] O como se ha dicho, «tomar a préstamo técnicas de la legislación mercantil a través del expediente de incorporar a su seno preceptos materialmente mercantiles» (Casas Baamonde, 1986, págs. 7-33).

[68] Cfr., artículo 4, Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca.

[69] Advierte Embid Irujo (2013, en línea) que tal afirmación «se hubiera tenido por herética en otras épocas» y reclama la necesidad de «poner de manifiesto, con mayor intensidad, su carácter de verdaderos empresarios y obrar, desde el punto de vista legislativo, de manera consecuente».

[70] Estas entidades se regulan por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP) y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre (ROSSP).

[71] STC 72/1983, de 29 de julio, FJ 8.

[72] Así, Alfonso Sánchez, Blanco Campaña, Embid Irujo, Llobregat Hurtado, Menéndez, Olivencia Ruiz, Paniagua Zurera, Sánchez Calero, Uría, Vergez, entre otros.

[73] Sánchez Calero/Olivencia Ruiz (1964, pág. 176).

[74] Para hacer más ágil la exposición, las referencias que se realicen a las sociedades cooperativas pueden entenderse también referidas a las mutuas no integradas en el sistema de Seguridad Social, siempre que lo sean a prima variable.

[75] Esto es, el formado por la Constitución, los Estatutos de Autonomía y las leyes de reparto competencial, según indica el artículo 59 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Como anécdota conviene reflejar la declaración del carácter mercantil de las cooperativas que se contiene en la Exposición de Motivos de la LSCExtremadura, justo en el párrafo siguiente a aquel en el que se pretende justificar la competencia exclusiva de la Comunidad de Extremadura en materia de cooperativas.

[76] Sobre nuestra opinión contraria a la distribución competencial en materia de cooperativas, con indicaciones bibliográficas, véase, Alfonso Sánchez (1997, págs. 178-193); (1999, págs. 1-6); (2000b, págs. 161-199); (2002a, págs. 4573-4604); (2002b); (2009, págs. 9-41).

[77] Así, Llobregat Hurtado (1999, págs. 190-228), lo que en su opinión se había producido al incorporar la Ley de Cooperativas el ánimo de lucro.

[78] Orden de 7 de noviembre de 2006, por la que se encarga a la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil.

[79] A saber, las sociedades de garantía recíproca y las mutuas a prima fija.

[80] Embid Irujo (2013, en línea).

[81] Falta en este ámbito, pues, no ya la unidad de régimen jurídico que impera para el resto de las formas sociales previstas en nuestro Ordenamiento, sino, incluso, la más mínima armonización legislativa, existente, por el contrario, en el ámbito del Derecho Comunitario de sociedades de capital.

[82] Así, FJ 3, STC 72/1983, de 29 de julio.

[83] Por lo que, señala el TC, habría de afirmarse simultáneamente que la inclusión de la competencia en el artículo 10 (que se refiere a las competencias legislativas y de ejecución) del Estatuto no era correcta, ya que correspondería a las incluidas en el 11 (de desarrollo legislativo y ejecución) o 12 (tan solo de ejecución) —FJ 3—. Y solo si la competencia asumida comprende la función legislativa puede la Comunidad dictar una Ley sobre cooperativas (FJ 2).

[84] La STC 37/1997, de 27 de febrero, recapitula la doctrina del TC sobre delimitación del alcance de la legislación contractual civil y mercantil (competencia estatal) en relación con otras materias como el comercio interior, defensa de los consumidores y usuarios, centros de contratación de mercancías y cooperativas, asumidas por las Comunidades Autónomas: «El punto de partida argumental de todas las resoluciones ha sido (…) la distinción cuidadosa entre, *de un lado, lo que es regulación de las relaciones* inter privatos *y, de otro lado, la regulación de la intervención de los poderes públicos en estas relaciones contractuales* —mediante, por ejemplo, actividades de policía administrativa o de establecimiento de servicios de vigilancia, inspección o régimen disciplinario—. *El primer tipo de regulaciones se ha encuadrado en la materia legislación civil o mercantil* —afirmando que «solo las reglas de derecho privado quedarán comprendidas en la reserva al Estado de la legislación mercantil», e incluyendo en ellas el establecimiento de las condiciones generales de la contratación, las modalidades de los contratos, la delimitación de su contenido típico, de los derechos y obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas, la forma en que nacen y se extinguen los derechos y las obligaciones de los empresarios o las condiciones de validez de los contratos privados—, *en tanto que las actividades públicas del segundo grupo se han incluido* en las materias de comercio, defensa de los consumidores, seguros o cooperativas» (la cursiva es nuestra).

[85] La proliferación de leyes de cooperativas constituye un grave problema desde la perspectiva de algunos de los principios constitucionales, como el de unidad de mercado, no discriminación por razón del territorio (art. 139.1 CE), libertad de circulación y establecimiento de las personas en todo el territorio nacional (art. 139.2 CE). Sobre estos extremos, véase Alfonso Sánchez (1999, pág. 3).

[86] Vicent Chuliá (1999, pág. 14566).

[87] Arroyo (1989, pág. 16) defendía la competencia estatal exclusiva en materia de cooperativas, bien por el cauce de la ley de bases, bien por el del texto articulado, dejando a las Comunidades Autónomas el desarrollo o la potestad reglamentaria, según los casos.

[88] Así, Alfonso Sánchez (2006b, págs. 11-52); Embid Irujo (1998, pág. 35); León Sanz (1998, pág. 475).

[89] Vicent Chuliá (1999, pág. 14566).

[90] Así, Embid Irujo (2013, en línea).

[91] En cualquier caso, valga la advertencia de que lo que se va a realizar es una «relectura guiada» de los criterios del TC.

[92] Esta es la dicción de la generalidad de los Estatutos de Autonomía no reformados (esto es, todos menos los de Cataluña, Andalucía, Aragón y Castilla y León, reformados entre 2006 y 2007).

[93] Esta sentencia recoge la doctrina que el TC ha consolidado en la delimitación del alcance de la legislación contractual, civil y mercantil (de competencia estatal) en relación con otras materias competenciales como el comercio interior, la defensa de los consumidores y usuarios, los centros de contratación de mercancías y las cooperativas, que pueden ser asumidas por las comunidades autónomas. Serra Rodríguez (en línea, 8).

[94] «Los poderes públicos (…) fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas (…)», actividad de fomento que incorporan los Estatutos de Autonomía y que, los Estatutos reformados, por su parte, la incorporan como competencia exclusiva, lo que se verá *infra.* Se advirtió ya en su momento que en ningún caso puede el artículo 129.2 CE suponer para las Comunidades Autónomas un «cheque en blanco» para legislar en materias de Derecho Privado (Díaz Moreno, 1996, pág. 266). También sobre la solución de distinguir entre la regulación sustantiva y la político-administrativa de las cooperativas para encomendar

la primera al Estado, VICENT CHULIÁ (1981, págs. 1237-1240); VICENT CHULIÁ (1978, págs. 81-82) y SANTOS (1980, págs. 1008-1009).

[95] Esta es la opinión de DÍAZ MORENO (1996, pág. 267), que compartimos. Para SERRA RODRÍGUEZ (en línea, 3), la salvedad «conforme a la legislación general en materia mercantil» pretende obviar la posible extralimitación competencial al diseñar, dictando sus propias leyes, el régimen jurídico de aquellas.

[96] «Y en consecuencia la constitución habría de efectuarse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil, según preceptúa el artículo 119 del Código de Comercio» (FJ 8).

[97] Para la distinción entre forma, tipo y clase de cooperativas, ALFONSO SÁNCHEZ (2002a, págs. 4585-4595.

[98] Para VICENT CHULIÁ (1985, pág. 378), esta digresión se ha de entender referida al artículo 124 del Código de Comercio.

[99] Dictada en el recurso de inconstitucionalidad 1829-2000 promovido por la Junta de Andalucía respecto del artículo 54 de la Ley 55/1999, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por el que se da nueva redacción al artículo 104 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas.

[100] Aunque en la práctica las leyes autonómicas suelen coincidir en su regulación, salvo excepciones, sirviendo las cinco originarias —y sus modificaciones— así como la Ley de Cooperativas de referencia o modelo.

[101] Lo que se conoce como «efecto Delaware» y que, precisamente, se pretende evitar, en el ámbito supranacional, desde el Tratado de Roma.

[102] Respecto a la exigencia de un escenario económico único, vid. SANTOS (1982, pág. 389); MENÉNDEZ (1982, pág. 74); QUINTANA (1985, págs. 537-538); DÍAZ MORENO (1996, págs. 241-244).

[103] Que establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: regulación de condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, así como sobre la legislación mercantil y procesal, las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica, las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y la legislación básica sobre contratos administrativos.

[104] Redactado por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Sobre esta posibilidad ya nos pronunciamos en ALFONSO SÁNCHEZ (2006b, pág. 33).

[105] GONZÁLEZ PÉREZ/GONZÁLEZ NAVARRO (2003, pág. 517); TORNOS MÁS (1994, págs. 71-91). Véase STC 76/1983, de 5 de agosto.

[106] Redactado por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

[107] Como con carácter general señalaba BROSETA PONT (1986, pág. 433) con relación a las materias económicas sometidas a la ley mercantil, «es imposible concebir la compatibilidad de distintas leyes operando con distintos contenidos en varios territorios de la nación. Puede afirmarse que el principio de unidad de mercado puede quebrar si coexisten distintos regímenes sustantivos de Derecho Privado sobre las mismas instituciones mercantiles, si su contenido fuera y distinto y cambiante al pasar de una a otra Comunidad Autónoma». En el mismo sentido, DÍAZ MORENO (1996, pág. 244). En particular, sobre el problema de la legislación cooperativa autonómica, PANIAGUA ZURERA (1997, pág. 166, nota 259).

[108] El legislador estatal no puede incidir en el ejercicio de las competencias que, de acuerdo con el esquema constitucional de distribución de las mismas, hayan asumido las Comunidades Autónomas. De aquí que las conferencias sectoriales no puedan sustituir a los órganos propios de las Comunidades ni sus decisiones puedan anular las facultades decisorias de los mismos; las conferencias sectoriales han de ser órganos de encuentro para el examen de problemas comunes y para la discusión de las oportunas líneas de acción (STC 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA, FJ 5).

[109] Sin obviar las modificaciones estructurales, el cambio del domicilio social al extranjero, ni la sociedad cooperativa europea, entre otras cuestiones.

[110] Así lo propone EMBID IRUJO (2013, en línea).

[111] Vid. JIMÉNEZ CAMPO (págs. 4001-4003).

[112] Casi inédita, según LÓPEZ GUERRA y otros (2003, pág. 379). Sobre la viabilidad de la ley de armonización, COSCULLUELA MONTANER (2001, pág. 144). No obstante, en ediciones posteriores no menciona esa posibilidad.

[113] Tan solo la STC 76/1983, de 5 de agosto, recaída en el recurso previo de inconstitucionalidad sobre la LOAPA. Para CRUZ VILLALÓN (1983, pág. 186) el conflicto planteado era básicamente político, aunque fue sometido a formulación y resolución jurídica.

[114] PAREJO ALFONSO (1983, págs. 149-150).

[115] Sobre las cuestiones apuntadas en el texto, PARDO LÓPEZ (2008, págs. 133-135).

[116] La STC 76/1983, de 5 de agosto (FJ 3), se pronunció sobre el interés general y su decisiva repercusión en la caracterización de una ley como armonizadora, afirmando que la armonización es una pieza más dentro del complejo mecanismo de la distribución constitucional de competencias y que el interés general no es un elemento privativo de las leyes de armonización. La CE, en su elaboración y redacción, ya ha sopesado y tenido en cuenta ese interés general. De hecho, es el criterio que ha inspirado la reserva de competencias a favor del Estado realizada, especialmente, en el artículo 149.1 CE y, en general, el reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas.

[117] Vid., STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 3.

[118] PARDO LÓPEZ (2008, pág. 135).

[119] PARDO LÓPEZ (2008, pág. 135).

[120] Sobre las dificultades que el panorama legislativo español provoca para el establecimiento de sociedades cooperativas europeas dentro de nuestras fronteras, ALFONSO SÁNCHEZ (2006a, págs. 19-34); (2010, págs. 1-30); PARDO LÓPEZ (2008, págs. 97-140, 117-134). Para el régimen de fuentes, ALFONSO SÁNCHEZ (2010, págs. 1-30).

[121] Realmente no cabría recurrir a la ley de armonización, pues el Estado, en virtud de su título competencial exclusivo «legislación mercantil», sería la única fuente productora del régimen jurídico de la sociedad cooperativa (bien manteniendo el contenido en la LCoop., reformando esta, dictando una nueva regulación).

[122] Desde la perspectiva comunitaria, y como argumento a favor de una ley de armonización, la doctrina alude al hecho de que existan discriminaciones graves en el patrimonio jurídico de los particulares, algo que, entendemos, también produce el actual panorama legislativo (y tanto *ad intra* como *ad extra).* Al respecto, MANGAS MARTÍN/LIÑÁN NOGUERAS (2002, pág. 531); si bien en la medida en que la aplicación de un reglamento comunitario por parte de las Comunidades Autónomas pudiera llevar a resultados dispares en cuanto al régimen de derechos y obligaciones dimanantes del mismo.

[123] STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 3.

[124] Carecería de sentido que el Estado dictara una ley para armonizar una materia de su competencia, pues no va a armonizarse a sí mismo; lo que deberá hacer es regular la materia por ley ordinaria.

[125] STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 3.

[126] STC 37/1997, de 27 de febrero.

[127] Por lo que, aplicando el criterio consolidado del TC, cabría entender que la regulación de las relaciones *inter privatos* de la cooperativa se encuadra en la materia legislación civil o mercantil —«solo las reglas de Derecho Privado quedarán comprendidas en la reserva al Estado de la legislación mercantil», incluyendo en ellas el establecimiento de las condiciones generales de la contratación, las modalidades de los contratos, la delimitación de su contenido típico, de los derechos y obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas, la forma en que nacen y se extinguen los derechos y las obligaciones de los empresarios o las condiciones de validez de los contratos privados—. Solo quedaría a las Comunidades Autónomas la regulación de la *intervención de los poderes públicos en estas relaciones contractuales* de la cooperativa —mediante, por ejemplo, actividades de policía administrativa o de establecimiento de servicios de vigilancia, inspección o régimen disciplinario—. Vid. STC 37/1997, de 27 de febrero.

[128] STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 3. Cuestionable interpretación sobre una ley de cierre del sistema que vendría a evidenciar el fallo del mismo, achacable quizá a la inexperiencia de un joven TC que se pronunciaba (en una época difícil) sobre una categoría que no ha podido volver a enjuiciar.

[129] STC 137/2010, de 16 de diciembre, sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en la que se resolvía la impugnación entre otros, del artículo 124, apartado 2 (inciso «los cuales, a su vez, incluyen en todo caso» y las letras subsiguientes), y apartado 3, íntegro.

[130] Vid., artículo 124 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Como se observa, el fomento de las cooperativas se incorpora a la competencia exclusiva, en clara vulneración del artículo 129.2 CE, como entendió el Defensor del Pueblo en el recurso de inconstitucionalidad sobre la reforma del Estatuto de Cataluña (STC 137/2010, de 16 de diciembre). Por lo que se refiere al artículo 124, en la medida que el Defensor del Pueblo (recurrente) no argumenta sobre la posible inconstitucionalidad de cada precepto impugnado (entre ellos el 124) sino que se limita a hacer mención, al hilo de su impugnación, de la predeterminación que los preceptos impugnados hacen del alcance del artículo 149.1 CE (bien a través de la utilización del verbo «incluir» o la expresión «en todo caso» —y la subsiguiente enumeración de submaterias— del capítulo II del título IV EAC, o de fórmulas equiparables de descripción de contenidos), el TC rechaza el motivo sin juicio individualizado sobre cada disposición.

[131] Vid., artículo 58.1.4.º de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. El mandato de fomentar las sociedades cooperativas y otras formas jurídicas de economía social, mediante la legislación adecuada se incluye en un precepto diverso, por lo que no se integra en la competencia exclusiva (art. 163).

[132] Vid., artículo 71.31.º de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón. También incorpora en el marco competencial exclusivo el fomento de las cooperativas, contraviniendo el artículo 129.2 CE.

[133] Vid., artículo 70.28.º de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. Además, en el artículo 16, relativo a los principios rectores de las políticas públicas, se marca el objetivo de fomento del cooperativismo y su promoción.

[134] Cuya finalidad —explica— es la de delimitar, por exclusión, la presencia del Estado en Cataluña, al determinar cuál será el ámbito de extensión material de los diversos tipos de competencias atribuidas a la Generalitat [capítulo I del título IV (arts. 110 al 115)]. Para el Defensor del Pueblo el nuevo criterio afecta de un modo decisivo al sistema, pues el nuevo Estatuto no solo procede a atribuir competencias a la Comunidad, sino a definir, mediante un elenco exhaustivo de los ámbitos materiales respectivos, el concreto contenido material de las competencias atribuidas. STC 137/2010, de 16 de diciembre.

[135] Al igual que la definición de las potestades, facultades y funciones que integran el contenido funcional de las competencias, que el recurrente llama blindaje por definición (STC 31/2010, de 28 de junio, en el recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, FFJJ 58 y 64)

[136] El TC remite a su razonamiento en la STC 31/2010 y en la STC 247/2007, ambas del FJ 6.

[137] Todo ello en la STC 137/2010, de 16 de diciembre, FJ 10.

[138] Sin perjuicio de los supuestos excepcionales en los que se ha admitido —mediando la oportuna cobertura constitucional o un específico anclaje estatutario conforme con la Constitución (STC 109/1998, de 21 de mayo)— la aplicación de determinadas bases a ciertas partes del territorio nacional y no a su conjunto. Vid. STC 31/2010, de 28 de junio.

[139] STC 137/2010, de 16 de diciembre, FJ 10, con alusión a la STC 13/2007, de 18 de enero, FJ 1; y sentencias las allí citadas.

[140] Atendiendo, a su vez, claro está, a los principios cooperativos, único referente básico en cualquier ordenación legal o convencional de la sociedad cooperativa. A este respecto, ALFONSO SÁNCHEZ (2002a, págs. 4579-4580).

[141] EMBID IRUJO (2013, en línea).

[142] Sobre adaptación de estatutos, vid. RDGRN de 18-2-1991, 15-11-1993 y 14-10-1999.

[143] La experiencia demuestra que la sanción para caso de incumplimiento suele ser la disolución de la entidad, la apertura del proceso liquidatorio y el cierre registral.

[144] Según LÓPEZ GUERRA y otros (2003, pág. 379). Para PAREJO ALFONSO (1983, págs. 163-164), sin embargo, la ley de armonización puede regular una materia en la que al Estado le correspondan las bases. Para el debate sobre «bases» y «desarrollo, vid., DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2004, págs. 135-162); MONTILLA MARTOS (2006, págs. 105-150).

[145] En su momento, VICENT CHULIÁ (1998, págs. 7-23); (1999, págs. 10, 17) reclamó una ley de armonización que cumpliera la función que debió cumplir (al amparo del art. 129.2 CE) una ley marco.

(Trabajo recibido el 5-9-2013 y aceptado para su publicación el 16-9-2013)

La responsabilidad precontractual en la reforma proyectada: ¿una ocasión perdida? (Parte I)

Precontractual liability on the proposed reform: a missed oportunity? (Part I)

por

CARLOS CUADRADO PÉREZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid - CUNEF

RESUMEN: En la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* publicada en el año 2009 se ha decidido, por fin, dar respuesta a una tradicional demanda de nuestra doctrina, y se ha consagrado un capítulo a la perfección del contrato. Como consecuencia de ello, nuestra Comisión de Codificación ha aprovechado esta oportunidad para regular una de las cuestiones habitualmente más intrincadas: la responsabilidad precontractual. En este trabajo, dividido en dos partes, se trata de ofrecer una visión crítica del texto proyectado en nuestro país en relación con esta materia, a través del estudio de los importantes textos internacionales que le han servido de inspiración y de la referencia a los ordenamientos de algunos países de nuestro entorno. Asimismo, sirven de cimiento a esta labor las más relevantes aportaciones que nos han brindado, durante las últimas décadas, tanto nuestra doctrina como nuestra jurisprudencia. Esta primera parte se halla destinada a efectuar una aproximación al propio concepto de responsabilidad precontractual, así como al texto normativo propuesto. En relación con este último, se escruta

su principal presupuesto, la *bona fides in contrahendo,* y nos detenemos en el estudio de las más importantes manifestaciones del contenido del deber de buena fe en la fase de negociaciones. En la segunda parte de este trabajo, de próxima publicación, se abordará el análisis de la compleja cuestión de los remedios previstos frente a la vulneración de este deber y del espinoso problema de la naturaleza jurídica de esta suerte de responsabilidad.

ABSTRACT: In response to a longstanding demand, the proposed preliminary draft for the Act on Modernization of the Law of Obligations and Contracts (published in 2009) contains a chapter on the conclusion of contracts. The Lawmaking Committee seized this opportunity to regulate one of the issues that regularly poses some of the most intricate legal snarls: precontractual liability. This two-part paper offers a critical overview of the preliminary draft's take on the subject through an examination of the important international texts that inspired it and references to the legislation of some of the countries around us. The foundations underlying the paper are provided by the foremost contributions made by Spanish legal thought and case law over the last few decades. The first part of the paper gives an approach to the very concept of precontractual liability and the proposed text. The text's lynchpin, the idea of bona fides in contrahendo, is scrutinized, and the main manifestations of the contents of the duty of bona fides in the negotiating phase are studied carefully. The second part of the paper (soon to be published) contains an analysis of the complex issue of the remedies anticipated for cases where this duty is violated and the thorny problem of the legal nature of this particular type of liability.

PALABRAS CLAVE: Negociaciones. Tratos preliminares. Responsabilidad precontractual. Buena fe *in contrahendo*. Perfección del contrato. Ruptura de negociaciones. Deber precontractual de información. Deber precontractual de confidencialidad.

KEY WORDS: Negotiations. Preliminaries. Precontractual liability. Bona fides in contrahendo. Contract conclusion. Breaking off of negotiations. Precontractual duty of information. Precontractual duty of confidentiality.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA FASE PRECONTRACTUAL EN EL TEXTO DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL: 1. PLANTEAMIENTO. 2. PRESUPUESTO: *BONA FIDES IN CONTRAHENDO*. 3. CONTENIDO DEL DEBER DE BUENA FE EN LA FASE DE NEGOCIACIONES: A) *Deber de información.* B) *Deber de secreto.* C) *Los cuestionables deberes de custodia, conservación*

y protección. D) *Deber de no abandonar injustificadamente las negociaciones*: *a)* Supuesto de hecho. *b)* Requisitos.—III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, el esquema de la celebración de un número ingente de contratos se reduce a la aceptación por una de las partes negociales de los términos unilateralmente perfilados por el proponente de los mismos. Esta circunstancia responde a las radicales transformaciones del escenario donde se desenvuelve la actividad contractual, pues constituye la lógica y natural consecuencia del fenómeno de la masificación en la contratación tras la Revolución Industrial, así como de la implantación de una economía de consumo y de los imponentes avances tecnológicos.

Sin embargo, aunque quizá la mayor parte de los contratos sean reconducibles a esta suerte de procedimiento de gestación, no cabe desdeñar el modo tradicional de contratar, en cuyo germen podemos localizar una fase previa dirigida a negociar los concretos términos del negocio jurídico finalmente acordado. Esta etapa inicial en la formación del contrato se halla constituida por los «tratos preliminares», que comienzan cuando las futuras partes del contrato entran en contacto, y finalizan con la conclusión del mismo, o bien con la ruptura de las propias negociaciones[1]. Es lo que los autores del Derecho Común denominaron *tractatus,* donde simplemente se requería la intención de llegar a un acuerdo y de discutir sobre el mismo (vid., v.gr., SALOMON AUGUSTUS y PACIONI)[2].

A pesar del carácter ancestral de este modo de contratar, no ha perdido vigor en el moderno tráfico jurídico, pues los contratos de mayor entidad económica vienen habitualmente precedidos de esta importante fase *in contrahendo,* donde ambas partes contribuyen a la construcción del negocio que eventualmente llegará a celebrarse. Como atinadamente apunta RAVAZZONI, el procedimiento jurídico que forja el contrato es bilateral; por lo tanto, no podemos considerar incluida en esta etapa toda actividad puramente unilateral de un sujeto, pues las negociaciones deben necesariamente resultar exteriorizadas en una relación que rebase la mera esfera interna del sujeto[3]. En cambio, habrán de estimarse comprendidas en ella todas las actividades de relación, a través de las que las partes tratan de aproximar sus intereses y converger en lo que ulteriormente podría constituir el acuerdo de voluntades[4].

En los tratos preliminares no encontramos la voluntad necesaria para la formación del contrato, pues las partes no tienen el propósito de vincularse por la mera negociación, y falta el *animus contrahendae obligationis:* las partes inmersas en esta fase no se comprometen a llevar hasta el final los tratos y lograr un acuerdo. En caso contrario, se entorpecería severamente el tráfico, y carecerían por completo de sentido las negociaciones. La libertad de quienes

intervienen en ellas constituye, precisamente, una de sus notas características. A pesar de ello, esta libertad no es absoluta, y ya en el Derecho Romano se contempló la exigencia de observar una conducta adecuada a la buena fe en la fase precontractual (se requería en los tratos preliminares con idéntica firmeza que en la relación contractual)[5].

En la doctrina jurídica decimonónica, fue JHERING el autor que en primer lugar detuvo su atención en el tema de la culpa *in contrahendo*, y quien despertó la conciencia sobre el mismo, en su trabajo titulado *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*[6]. Esta obra representó el inicio de una configuración del contrato donde no se obvia el *iter* formativo del mismo como fuente de responsabilidad (para unos extracontractual y para otros contractual). El reconocimiento específico de esta fase precontractual no debe reprimir la autonomía de las partes, quienes pueden decidir no celebrar el contrato sobre cuyos términos han negociado. Los tratos preliminares pueden llegar a fundar, exclusivamente, una clase característica de responsabilidad, denominada «precontractual»[7]. Aunque entre las partes que negocian no cabe apreciar una verdadera relación jurídica, sino social (lo que los alemanes llaman *contacto social),* se hallan vinculadas por ciertos deberes, ya que deben respetar la buena fe y lealtad exigida por las convicciones éticas imperantes[8].

Pese a la magnitud de la aportación del genial jurista alemán, el legislador español descuidó por completo la regulación específica de la etapa precontractual o fase preparatoria del contrato. Parece que, como directa consecuencia de la concepción del contrato consagrada en nuestro ordenamiento, el legislador decimonónico consideró inexistente la fase de tratos preliminares, o bien entendió que su relevancia era despreciable[9].

II. LA FASE PRECONTRACTUAL EN EL TEXTO DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

1. PLANTEAMIENTO

Afortunadamente, parece que nuestro legislador se encuentra decidido a erradicar el vigente panorama de desolador silencio sobre esta materia, si bien con un injustificable y lamentable retraso. En este sentido, en la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* (en adelante, *Propuesta de Modernización*), publicada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación en el año 2009, se ha destinado un capítulo entero a la perfección del contrato: el Capítulo II del Título II, bajo la rúbrica *De la formación del contrato* (arts. 1245 a 1268).

El Derecho de Contratos constituye, sin ningún género de dudas, una de las partes más relevantes de nuestro ordenamiento jurídico, ya que la actividad

económica se halla sustentada esencialmente en el mismo. El contrato representa, seguramente, la institución central de cualquier sistema jurídico. La incidencia macroeconómica de la actividad contractual resulta absolutamente indiscutible, y aparece como una necesidad ineludible, inmersos en el siglo XXI, la existencia de un marco jurídico claro, seguro y desarrollado, que satisfaga las exigencias del tráfico.

No obstante estas cruciales circunstancias, hemos de observar que el Libro IV de nuestro Código Civil ha sufrido escasas modificaciones desde su redacción inicial. Este texto legal responde a los postulados liberales y burgueses, y, al igual que acontece con los demás Códigos Civiles liberales, recoge la herencia ideológica del Iusnaturalismo racionalista e ilustrado desarrollado durante los siglos XVII y XVIII, y alberga el axioma en virtud del cual *solus consensus obligat*. Sin embargo, el advenimiento de la sociedad industrial y de la economía de consumo ha engendrado mutaciones extraordinarias en torno a la materia contractual. Aunque nuestro legislador ha optado por tratar de dar respuesta a algunas de estas nuevas coordenadas mediante la promulgación de normas sectoriales, llama poderosamente la atención la pasividad evidenciada en relación con la adecuación a tales circunstancias del texto normativo más prominente en el ámbito del Derecho Civil.

Se trata de una materia que goza de una importancia capital en el moderno tráfico jurídico, y en torno a ella emergen múltiples cuestiones que requieren respuestas concretas por parte de nuestro ordenamiento. A pesar de la manifiesta perentoriedad de una minuciosa elaboración normativa sobre estos temas, puesta reiteradamente de relieve durante décadas en sede tanto doctrinal como jurisprudencial, nuestro legislador ha observado una contumaz inactividad. Tal desidia provoca que nos cuestionemos hasta qué punto cumple este la genérica labor que se le ha encomendado a través de lo que algunos denominaron el «contrato social» (v.gr., Jean-Jacques ROUSSEAU[10]), pues el Derecho ha de ser el mundo de lo útil y, primordialmente, «el arte de lo justo».

Esta situación se halla aparentemente destinada a ser solventada, pues en el artículo 1245 de la *Propuesta de Modernización* se acomete la ordenación de la fase precontractual, dirigida a la obtención del *duorum vel plurium in idem placitum consensus,* en los siguientes términos:

> *«1. Las partes son libres para entablar negociaciones dirigidas a la formación de un contrato, así como para abandonarlas o romperlas en cualquier momento.*
> *2. En la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe.*
> *3. Si durante las negociaciones, una de las partes hubiera facilitado a la otra una información con carácter confidencial, el que la hubiera recibido solo podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse.*

4. *La parte que hubiera procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones será responsable de los daños causados a la otra. En todo caso, se considera contrario a la buena fe entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo.*
5. *La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios. En el supuesto del apartado anterior, la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones».*

2. PRESUPUESTO: *BONA FIDES IN CONTRAHENDO*

Las ideas hasta ahora expuestas en torno a la fase precontractual encuentran su reflejo en este precepto. En tal sentido, puede apreciarse que en el texto proyectado se respeta, como punto de partida, la libertad de las partes en el marco de las negociaciones del contrato. Sin embargo, seguidamente se les impone un genérico deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, cuya concreción entendemos que deja prudentemente en manos del juzgador en cada caso concreto. Resulta atinado, en cualquier caso, que nuestro legislador afronte por fin la regulación de esta materia, para, de este modo, evitar la necesidad de acudir a la aplicación de preceptos de índole más general (arts. 7 y 1258 CC) en aras a cimentar la presencia en la fase negocial del principio de buena fe.

Nuestro legislador, al fin, trata de aproximarse a otros ordenamientos de nuestro entorno geográfico, como el alemán y el italiano, donde ya se contempla de modo explícito la responsabilidad precontractual (aunque haya evidentes divergencias entre ellos). En otros países, en cambio, no se acoge un deber general de buena fe *in contrahendo:* en tal sentido, suele aludirse al Derecho inglés, donde los intentos de importar la buena fe como el principio rector aplicable a todos los contratos y relaciones comerciales han resultado vanos, como consecuencia de la percepción de la teoría clásica del Derecho contractual inglés como promotor del pragmatismo, la previsibilidad y la certeza (una relevante —pero infructuosa— tentativa en esta dirección fue la llevada a cabo por el juez reformista Lord Mansfield, en el año 1766)[11]. En el siglo XXI, siguen sin existir en el Derecho inglés deberes generales precontractuales de buena fe, de información, de confidencialidad o de colaboración, cuando finalmente no se contrata. A pesar de ello, hay importantes excepciones.

En el seno del ordenamiento inglés, por consiguiente, no podemos hallar un conjunto estructurado de principios, normas y excepciones, sino una sanción histórica y sistemáticamente fragmentada de hipótesis especiales de conducta equivocada o excesiva, con remedios provenientes de *equity, tort* y *restitution* (salvo cuando finalmente sí se haya celebrado el contrato, pues en ese caso dicha conducta puede ser sancionada en relación con su efecto sobre la validez del

acuerdo y la precisión de sus términos válidos, y podría imponerse la responsabilidad contractual, así como también, potencialmente, extracontractual)[12]. Así pues, en el ordenamiento jurídico inglés las negociaciones no son configuradas, en sí mismas, como una *legally protected relationship.*

Este genérico rechazo a aceptar la *culpa in contrahendo* ha permitido al Derecho inglés satisfacer sus ambiciones internacionales, pues, al ofrecer seguridad y certidumbre en el ámbito práctico, se presenta a los operadores comerciales internacionales como una opción atractiva en aras a su elección como ordenamiento jurídico aplicable. Naturalmente, estas particularidades representan un trascendental escollo para la consecución de cualquier proyecto de armonización jurídica más amplio a nivel europeo en torno a la fase de los tratos preliminares (al margen del campo de las relaciones precontractuales en materia de consumo)[13].

En los ordenamientos donde se admite la presencia del concepto general de responsabilidad *in contrahendo,* tradicionalmente se ha considerado que la alusión al criterio de la buena fe ha de estimarse llevada a cabo en sentido objetivo, referida a la imposición a las partes del deber de respetar los principios de corrección social, lealtad, solidaridad y seriedad durante el desenvolvimiento de las negociaciones[14]. Como consecuencia de esta postura, se alude a algo ajeno a la persona, esto es, a unas reglas de comportamiento cuya vulneración provoca que se vea obligada a indemnizar si la otra parte ha soportado un perjuicio. En este sentido, aunque en el supuesto juzgado en la STS de 17 de septiembre de 2013 *(JUR* 322699) no se aprecia una hipótesis de responsabilidad precontractual, se asume que la buena fe precontractual ha de entenderse en sentido objetivo, como «estándar de comportamiento que cabe legítimamente esperar en la negociación de un contrato caracterizada por la lealtad y la corrección»[15].

Sin embargo, algunos autores han optado por la configuración con carácter subjetivo de la *bona fides in contrahendo,* de tal manera que se favorece la libertad de los sujetos, cuya actuación en el tráfico jurídico se verá afectada por menos límites[16]. Incluso, cierto sector doctrinal sostiene una noción unitaria de la buena fe, y rechaza una eventual distinción entre buena fe objetiva y subjetiva[17].

En el texto proyectado en el artículo 1245 de la *Propuesta de Modernización,* lamentablemente, no se contiene una regla clara sobre esta cuestión, que resuelva definitivamente las dudas planteadas en sede doctrinal. Del mismo no cabe extraer un concepto de buena fe preciso, donde se concrete si el límite que esta representa a la libre actuación de las partes en la fase precontractual es objetivo, ni si puede resultar transgredido por una actuación simplemente negligente, o bien se requiere un comportamiento malicioso a tal efecto. En esta misma línea, la *Propuesta de Código Mercantil*, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, no parece esclarecedora en esta materia (cfr. art. 412-2). Este texto resulta más escueto, incluso, que la *Propuesta de Modernización* del Código Civil.

Tampoco es categórico, en relación con este punto, alguno de los textos jurídicos internacionales en los que se ha inspirado la *Propuesta de Modernización* española. En el *Convenio de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías,* adoptado en Viena el 11 de abril de 1980 (en adelante, Convenio de Viena o CV), sencillamente no se aborda la regulación de la etapa precontractual, como consecuencia de la pugna entre los representantes de los ordenamientos pertenecientes al *Civil Law* y los del *Common Law*[18].

En cambio, podemos comprobar que nuestra *Propuesta de Modernización* ha seguido la senda trazada en el artículo 2.1.15 de los *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales* (en adelante, Principios UNIDROIT). Este instrumento puede resultar valioso en aras a encontrar una solución a la cuestión estudiada, pues, con carácter general, y no circunscrito a la etapa precontractual, se dispone en su artículo 1.7 que las partes han de adecuar su conducta a la buena fe y a la lealtad negocial en el comercio internacional. Puede entenderse que, por una parte, la referencia a la buena fe remite a la vertiente subjetiva, y por otra, la lealtad alude a unas reglas de comportamiento objetivas[19]. Asimismo, en la que cabría considerar como interpretación auténtica del artículo 2.1.15, sus propios redactores reconocen que la responsabilidad en estas hipótesis puede derivarse tanto de actuaciones deliberadas como de conductas negligentes[20].

En términos más palmarios se pronuncian los *Principles of European Contract Law* (en adelante, PECL), en cuyos artículos 1:102, 1:201 y 2:301 —entre otros— se emplea la locución *good faith and fair dealing* (transcribimos esta expresión en lengua inglesa, ya que en la versión de los PECL en castellano únicamente se incluye la fórmula *buena fe*). De la redacción en inglés puede desprenderse que la buena fe se halla referida a una concepción subjetiva, en tanto que la lealtad negocial *(fair dealing)* sugiere un concepto impregnado de connotaciones de índole objetiva: «"Good faith" means honesty and fairness in mind, which are subjective concepts. (…) "Fair dealing" means observance of fairness in fact which is an objective test…»[21].

Resulta interesante, a su vez, lo preceptuado en el artículo 1:302 PECL, ya que en él se dispone que para determinar lo que debe entenderse por razonable, ha de juzgarse según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal (deben tomarse en consideración, especialmente, la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad). Considerablemente relevante, a los efectos de nuestra investigación, resulta el anteriormente mencionado artículo 2:301 PECL, pues en él se regula la responsabilidad precontractual por las negociaciones contrarias a la buena fe. Aunque parece que se disciplina esta materia de manera esencialmente coincidente con los Principios UNIDROIT, hemos de recordar que en el artículo 2.1.15

de estos se sanciona la ruptura «de mala fe» de las negociaciones, mientras que en los PECL se obliga a indemnizar por el abandono de las mismas contrario a la buena fe y a la lealtad negocial. Nos parece atinada la observación de PANTALEÓN cuando afirma que es preferible la expresión *de manera contraria a las exigencias de la buena fe* (cfr. PECL y DCFR) a la locución *de mala fe* utilizada en nuestra *Propuesta de Modernización* (y en los Principios UNIDROIT), pues esta última fórmula «parece teñida de un ingrediente subjetivo de dolo o malicia, que no resulta imprescindible para que la responsabilidad proceda»[22].

En esta misma línea trazada por los PECL, también en el artículo II.-3:301 del *Draft Common Frame of Reference*[23] (en adelante, DCFR) se hace expresa mención a los conceptos *good faith and fair dealing,* al afrontar los deberes de conducta de las partes en el seno de las negociaciones. Verdaderamente reveladora resulta, en este sentido, la definición que de tal expresión se ofrece en su artículo I.-1:103, cuando señala que hace referencia a un estándar de conducta caracterizado por la honestidad, la franqueza y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o relación de que se trate. En el Anexo del DCFR destinado a las *Definitions,* se escinde esta *good faith and fair dealing* de la simple *good faith,* que se describe como *a mental attitude characterised by honesty and an absence of knowledge that an apparent situation is not the true situation*. Como consecuencia de esta descripción, podemos concluir que en la materia que estudiamos se acoge expresamente una concepción objetiva de la buena fe exigible.

Por consiguiente, dados los términos de los textos internacionales en los que se fundamenta nuestra *Propuesta de Modernización,* parece lógico sostener que, en el marco de nuestro proyectado artículo 1245, la responsabilidad precontractual surgirá no solo cuando se advierta mala intención en alguno de los partícipes en las negociaciones, sino también cuando su conducta vulnere la buena fe en sentido objetivo[24]. De hecho, en nuestro ordenamiento ya existe un reconocimiento explícito del principio de buena fe en sentido objetivo, como parámetro de integración del contrato, en el artículo 65 del *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (cuya redacción se mantiene, a pesar de las modificaciones introducidas por la *Ley 3/2014, de 27 de marzo): «Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante».* Por este motivo, entendemos que es razonable sostener que no hay motivo alguno que justifique la ausencia de dicha calificación en la fase precontractual[25].

3. Contenido del deber de buena fe en la fase de negociaciones

De acuerdo con el texto del referido artículo 1245, quienes participan en unas negociaciones han de conducirse conforme a las exigencias de la buena fe. Sin embargo, según señalamos con anterioridad, la concreción de este genérico deber quedará en manos del juez en cada caso concreto, y no cabe efectuar una clasificación exhaustiva de sus concretas manifestaciones. A nuestro modo de ver, se trata de una medida prudente y completamente atinada, dado que no se pueden individualizar con exactitud y para siempre las conductas que han de observarse para no incurrir en responsabilidad precontractual, que es un concepto general[26]. Como consecuencia de su carácter de cláusula general, no puede precisarse su contenido en un concepto definido *a priori*. La norma ha de satisfacer las cambiantes exigencias económico-sociales, y para lograrlo la cláusula general ha de mantener su carácter elástico e imponer al juez y al intérprete una orientación para encontrar la concreta norma de decisión aplicable al caso. A través de la técnica de las cláusulas generales se facilita la evolución del ordenamiento jurídico, pues se hace referencia a un estándar social en un determinado momento histórico[27] (la indeterminación es el necesario trastorno que ha de soportarse para incluir todos los supuestos que no han sido previstos por el legislador de modo específico). Por consiguiente, entendemos que la introducción de una cláusula general de esta índole en la *Propuesta de Modernización* ha de merecer una crítica positiva.

No obstante, comúnmente se asevera que la responsabilidad precontractual representa una institución con unos perfiles muy imprecisos, debido a que en ella tienen encaje hipótesis diferentes y carentes de conexión entre sí. Esta heterogeneidad provoca enormes dificultades en la configuración de una categoría sistemática única, de tal forma que constituye una ardua labor pretender ofrecer respuestas unívocas a los diversos supuestos. A pesar de ello, en los apartados tercero y cuarto del precepto proyectado se ofrecen dos ejemplos de conductas contrarias a la buena fe, que constituyen dos de las más relevantes manifestaciones del deber más extenso de respetar el principio general de la buena fe en sede precontractual. Obviamente, aunque las hipótesis expresamente distinguidas no representan un elenco tasado de supuestos donde cabe estimar vulnerado tal principio, gozan de una gran trascendencia.

A título meramente ejemplificativo, vamos a hacer alusión a algunos de los deberes precontractuales tradicionalmente reconocidos tanto por la doctrina y jurisprudencia como por algunos legisladores.

A) *Deber de información*

Este deber —que la doctrina alemana denominó *Erklärungspflicht* y *Anzeigepflicht*— constituye uno de los más importantes en el marco de la fase precontractual. Así lo confirma la letra del Considerando número 30 del *Reglamento (CE) número 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales* (también conocido como *Roma II*), donde explícitamente se indica que en el seno de la *culpa in contrahendo* ha de incluirse *la violación del deber de información.* A tenor del mismo, quienes se hallen inmersos en unas negociaciones deben comunicarse las circunstancias desconocidas por la otra parte y que puedan resultar fundamentales para que finalmente se celebre el contrato. En definitiva, es exigible una conducta respetuosa de la integridad de la esfera jurídica ajena[28].

El primer problema con el que nos encontramos al estudiar este deber radica en su acusada indeterminación, dado que, para poder delimitar su contenido habrán de tomarse en consideración las cualidades de los contrayentes, la naturaleza y la importancia del negocio, las circunstancias en que se ha estipulado, la existencia o no de relaciones entre las partes, los usos, la costumbre, la organización económico-social, etc.

Por otro lado, en nuestra doctrina podemos hallar autorizadas voces que ponen de relieve la íntima relación existente entre los deberes precontractuales de información y el principio de autorresponsabilidad. En tal sentido, suele aseverarse que, de acuerdo con el principio de la buena fe, cada uno de los participantes en las negociaciones se ve afectado tanto por el deber de informar a la otra parte como por el deber de informarse. Por consiguiente, ha de exigirse una conducta diligente a quienes negocian, dentro de la cual también se incluye la carga de procurarse su propia información[29]. Por ejemplo, en la STS de 24 de abril de 2009 *(RJ* 3167), se excluye la presencia de dolo por reticencia y de responsabilidad precontractual en un caso de compra y posterior venta de acciones societarias con notables ganancias, al entender que la información que permitió tales beneficios se encontraba plenamente accesible para el primer vendedor: «puede traducirse en un defecto de autoinformación que le sería imputable». No obstante, tal y como ha matizado nuestro Alto Tribunal en numerosas decisiones, la diligencia exigible a las partes contratantes «implica que cada una deba informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella, en los casos en que tal información le resulta fácilmente accesible» (frase extraída de la STS de 23 de julio 2001, *RJ* 8413).

Nuevamente, la valoración en torno a la accesibilidad de la información depende de las particularidades del contexto escrutado: v.gr., las características personales y profesionales de quien no es informado, el eventual asesoramiento de expertos, la sencillez en la obtención de la información, etc. Asimismo, en muchas hipótesis el principio de confianza gozará de preeminencia sobre el

de autorresponsabilidad, de tal forma que el nivel de confianza presente entre las partes puede llegar a justificar la ignorancia que afecta a una de ellas y a imponer a la otra un deber de informar[30]. Al abordar su estudio, DE LA MAZA alude a las razones de la complejidad inherente al deber de información: «1) la dispersión de su regulación, 2) la falta de coherencia que es posible advertir en ésta, y 3) la presencia de intereses jurídicos, eventualmente, contraditorios»[31].

En el estado actual de nuestro Código Civil, podemos observar que este cuerpo legal no contiene una regla donde se discipline un deber precontractual de información. Sin embargo, como advierte BASOZÁBAL[32], son varios los preceptos donde puede apreciarse la involucración de tal deber *in contrahendo:* v.gr., cuando se da relevancia invalidante al error en las cualidades esenciales del objeto, o bien al conceder al comprador las acciones edilicias[33], o cuando brinda un conjunto de remedios por incumplimiento al no haber concordancia entre la prestación esperada y la recibida. La vulneración de este deber puede dar lugar, si se concluye el contrato, al ejercicio de una acción de anulación del mismo por error o por dolo consistente en una omisión (lo que la doctrina italiana denomina *reticenza).*

Así pues, son diversos los remedios ofrecidos por el vigente Código Civil, en función de la hipótesis frente a la que nos encontremos (vicios del consentimiento, vicios ocultos y responsabilidad por incumplimiento contractual), donde es posible localizar el denominador común en la falta de satisfacción del deber de información: pueden propiciar la anulabilidad, la facultad de modificar o la de resolver el contrato[34].

En cambio, en el ámbito del Derecho de Consumo, nuestro legislador ha sido considerablemente más preciso y minucioso en relación con el deber de información *in contrahendo,* si bien no ha adoptado una solución homogénea para todos los supuestos de posible transgresión del mismo [cfr., v.gr., arts. 60, 65, 97, 98 y 152 TRLGDCU, de 16 de noviembre de 2007 (según la redacción conferida por la *Ley 3/2014, de 27 de marzo*), arts. 7 a 13 de la *Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo*, artículos 8 a 10 de la *Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias*][35].

Otra esfera donde cabe advertir un notable desarrollo normativo del deber precontractual de información es la relativa a la prestación de servicios de inversión, donde en los últimos tiempos se viene evidenciando, con enorme trascendencia mediática, la formidable relevancia de esta materia. En concreto, las dimensiones económicas del denominado «problema de las participaciones preferentes» son colosales[36], como muestra la manifiesta preocupación del actual Gobierno español —e, incluso, de la Comisión Europea— por elaborar una solución satisfactoria al mismo. Aunque la publicidad mediática ha servido para alertar a los ahorradores sobre la posible presencia de participaciones preferentes

entre sus inversiones, así como para informarles sobre sus potenciales efectos negativos, la tremenda complejidad de esta figura ha propiciado que poca gente conozca, aunque sea vagamente, la verdadera sustancia de la misma. En este sentido, pese a que la labor didáctica de los medios ha sido importante, la comprensión de la esencia del problema de las participaciones preferentes no resulta sencilla para el público en general, ni para muchos de los que invirtieron sus ahorros en ellas.

La complejísima situación en la que se hallan cientos de miles de ahorradores ha merecido la detenida atención e intervención del propio Ministerio Fiscal, que ha descrito el panorama como un «problema social que se ha destapado con toda virulencia y crueldad». La génesis de este escenario radica, en realidad, no en la naturaleza o en las características inherentes a las participaciones preferentes, sino en la cualificación de algunas de las personas que en los últimos años han invertido masivamente en ellas, en la información de la que gozaban al hacerlo, así como en las técnicas empleadas para su comercialización por algunas entidades de crédito[37]. Resulta incontestable que nuestro ordenamiento jurídico permite el diseño de las participaciones preferentes como producto de inversión, dado el indiscutible vigor del principio de autonomía privada de la voluntad (art. 1255 CC). No obstante tal libertad, la LMV sujeta a la entidad bancaria que presta servicios de inversión a cumplir deberes precontractuales de información muy concretos y rigurosos.

En el marco de este sombrío paisaje, hemos de observar que el legislador ha ubicado el deber precontractual de información en un lugar preeminente, y lo ha dotado de un especial alcance. Con tal designio, en el artículo 79 bis de la LMV se dispone que las entidades que presten servicios de inversión han de *mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes,* y que toda la información, incluida la publicitaria, debe ser imparcial, clara, no engañosa y comprensible; asimismo, habrá de incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros. El desarrollo normativo sobre este deber de información lo podemos hallar en los artículos 60 a 70 del *Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre*.

Es en torno a estos deberes donde se vienen planteando prácticamente todos los problemas referidos a las participaciones preferentes[38]. Algunas entidades de crédito aducen que la información que la ley vigente exige se hallaba reflejada en las condiciones finales y en la nota de valores en las cuales se amparan las emisiones, y que estas habían sido verificadas y registradas en la CNMV. Sin embargo, no cabe considerar satisfechos de este modo los deberes precontractuales de información legalmente impuestos, pues los inversores no habrían gozado de

una verdadera posibilidad de escrutar la seguridad, rentabilidad y liquidez de la inversión, o, incluso, de percibir la propia naturaleza del producto ofrecido. Como se indica en la SAP de León, de 1 de marzo de 2012 *(AC* 413), si bien referida a un contrato de *swap* o permuta financiera, el propio contrato no puede considerarse «como parte de la información ofrecida porque no es sino la documentación de lo contratado». Por otro lado, acierta el Tribunal Supremo, en la STS de 18 de abril de 2013 *(RJ* 3387), cuando terminantemente concluye: «La obligación de información que establece la normativa legal invocada por los recurrentes es una obligación activa, no de mera disponibilidad».

El hecho de gozar de la información exigida por nuestro ordenamiento jurídico no lleva inherente, de manera indefectible, la capacitación de todo inversor para evaluar un producto complejo como las participaciones preferentes[39]. Por este motivo, se ha configurado un peculiar sistema de información, donde, al margen de todo lo anterior, en ese mismo artículo 79 bis LMV se impone a las entidades que presten servicios de inversión el deber de asegurarse de disponer de toda la información necesaria sobre sus clientes. En este sentido, se fuerza a las referidas entidades a indagar sobre los conocimientos y experiencia del cliente en relación con el ámbito de inversión concreto de que se trate, su situación financiera y sus objetivos de inversión, en aras a poder recomendarle los productos que más le convengan. El propósito de este deber de recabar información es obvio: la entidad ha de evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. En el caso de no haber accedido a tal información, la entidad habrá de abstenerse de recomendarle instrumentos financieros; si, como consecuencia de la información obtenida, la entidad considera que el producto no es adecuado para el cliente, se halla obligada a advertírselo.

Estas últimas exigencias, referidas a la información que debe obtener la entidad de crédito que vende a los clientes minoristas participaciones preferentes, tienen su origen en la *Directiva de Mercados de Instrumentos Financieros,* más conocida por sus siglas en inglés «MiFID» *(Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, Markets in Financial Instruments Directive).* Esta norma comunitaria ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento interno por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre (que modifica la LMV), y por el Real Decreto 217/2008, anteriormente mencionado. En los artículos 72 a 74 de este último se desarrollan las condiciones que ha de cumplir el denominado *Test de conveniencia MiFID,* que debe hacer la entidad a los clientes o potenciales clientes, para poder obtener la aludida información sobre los mismos requerida por el artículo 79 bis LMV. De la práctica judicial se infiere que en esta fase también se han verificado irregularidades en la venta de participaciones preferentes a consumidores[40].

La especial atención consagrada a este deber precontractual en materia de consumo y de inversiones financieras obedece, naturalmente, a la comparación de las circunstancias en las que se hallan sus protagonistas, pues en estos casos resulta evidente la asimetría existente en torno a la accesibilidad de la

información. De gran interés resulta el exhaustivo desarrollo brindado por DE LA MAZA[41] en relación con los deberes precontractuales de informar. Este autor distingue dos modelos: *a)* «deberes excepcionales» de información, propios de la regulación sobre evicción y vicios redhibitorios de nuestro vigente Código Civil, donde el punto de partida lo constituye la idea de que cada parte vigila sus propios intereses, y que únicamente en algunas situaciones se imponen deberes precontractuales de información; *b)* «deber general» de informar, asumido en el TRLGDCU, donde se entiende que una parte no puede tutelar adecuadamente sus propios intereses, y se impone a la otra parte el deber de informar sobre determinados extremos, como consecuencia de la desigualdad imperante entre ellas en torno a la información.

La situación no parece variar sustancialmente en la *Propuesta de Modernización* (cfr., entre otros, arts. 1265.5, 1267.6 y 11, 1268, 1298 y 1300[42]), si bien se advierte un desarrollo más minucioso en la disciplina del error como vicio del consentimiento. Por lo tanto, sigue sin contemplarse explícitamente una posible indemnización cuando el contrato se anula como consecuencia de la presencia de dolo o error (salvo el ya presente supuesto del dolo incidental), ni un eventual resarcimiento cuando el contrato afectado por tales vicios del consentimiento no resulta anulado[43].

Por su parte, en el DCFR tampoco se ofrece un régimen único y homogéneo aplicable a cualquier hipótesis, sino que se contemplan diversos supuestos a los que se otorga su propio régimen en relación con la información que ha de prestarse y con las consecuencias derivadas de la transgresión de este deber. Por cuanto se refiere al primer aspecto, en el DCFR se tienen en cuenta las características subjetivas de quienes negocian y el tipo de contrato celebrado. En este sentido, en sus artículos II.-3:101 y II.-3:102 se diferencia según la relación se entable entre un profesional y otra persona, entre dos profesionales o entre un profesional y un consumidor (vid., asimismo, arts. II.-3:106 a II.-3:108)[44]. Cuando no se ha llegado a contratar, el remedio será el propio de la responsabilidad precontractual. Sin embargo, si, pese a la vulneración del deber de informar, el contrato llega a ver la luz, serán aplicables las consecuencias propias del incumplimiento contractual (art. II.-3:109), así como los efectos preceptuados en torno a la invalidez del contrato por error (art. II.-7:201)[45]. Hemos de resaltar la confluencia de soluciones contemplada en esta norma (consecuencias propias de la transgresión del deber precontractual de información, disciplina de los vicios del consentimiento e, incluso, reglas sobre incumplimiento contractual).

En el artículo 7 del *Código Europeo de Contratos,* redactado por la Academia de Jurisconsultos Europeos de Pavía (en adelante, Código de Pavía), se contiene una norma general sobre el deber precontractual de información, así como en torno a las consecuencias de su vulneración. Si no llegó a celebrarse el contrato, o se hallaba viciado de nulidad, estaremos frente a un supuesto de responsabilidad precontractual, donde habría que resarcir el interés negativo. En

cambio, *«si el contrato ha llegado a perfeccionarse, restituirá la suma recibida o abonará la indemnización que el juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte a impugnar el contrato por error»*.

En los PECL, principalmente, se otorga al incumplimiento del deber de información virtualidad invalidante y resarcitoria como vicio del consentimiento (arts. 4:103, 4:106, 4:107 y 4:117)[46]; asimismo, en determinadas circunstancias, cabe acudir a la disciplina del incumplimiento contractual (arts. 6:101 y 6:102). En relación con esta materia, podemos aludir también a los artículos 3.2.2 a 3.2.5 y 3.2.16 de los Principios UNIDROIT.

B) *Deber de secreto*

Tal y como hemos expuesto al comenzar este epígrafe, en el artículo 1245.3 de la *Propuesta de Modernización* se recoge, de manera específica, un deber negativo consistente en no revelar información confidencial a la que se hubiera tenido acceso como consecuencia de las negociaciones (v.gr., planes de negocio, datos técnicos de producción, objetivos comerciales estratégicos, etc.). Esta concreta manifestación de los deberes precontractuales ha sido explícitamente recogida en el texto proyectado, entre otros motivos, por haber sido tradicionalmente respaldada por nuestra doctrina[47].

Sin embargo, la redacción de ese precepto dista de ser la óptima, pues adolece de una fuerte indeterminación. En primer lugar, quizás esta hipótesis resulte tributaria de un precepto independiente, en el que no deba experimentar las confusas interferencias del otro supuesto expresamente previsto. La opción de política legislativa adoptada en el texto proyectado llama la atención, pues en los instrumentos internacionales que han inspirado —en mayor o menor medida— nuestra *Propuesta de Modernización* se otorga a este deber un artículo completo (cfr. art. 2.1.16 Principios UNIDROIT, art. 2:302 PECL, art. II.-3:302 DCFR y art. 8 del Código de Pavía).

Asimismo, el proyectado precepto se separa de estos textos cuando afirma que si una de las partes facilitó en el curso de las negociaciones información con carácter confidencial a la otra, *«el que la hubiera recibido solo podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse»*. Este criterio nos parece excesivamente voluble e inconcreto[48]. En los instrumentos internacionales se aborda este mismo punto desde una perspectiva negativa, y se impone el deber de no revelar tal información ni utilizarla injustificadamente para su propios fines o provecho (cfr. los preceptos anteriormente mencionados, salvo el art. 8 del Código de Pavía, donde se establece el *deber de hacer uso reservado* de dicha información). Por otro lado, en la norma programada en nuestro país se establece como punto de partida que el contrato finalmente se haya celebrado, mientras que en los textos internacionales

se impone el deber de reserva con independencia de la posterior conclusión del mismo[49]. A nuestro modo de ver, aunque en la *Propuesta de Modernización* no se prevea formalmente el deber de secreto cuando las partes finalmente no llegan a un acuerdo, hemos de considerarlo comprendido en el más amplio marco del deber de actuar en las negociaciones conforme a las exigencias de la buena fe (contenido en su art. 1245.2). No obstante, entendemos que tal hipótesis debería mencionarse de modo explícito en el precepto correspondiente.

En principio, hemos de partir de la libertad de las partes en torno a la información recibida durante la fase precontractual. Sin embargo, todas las normas aludidas constriñen tal libertad en relación con la información confidencial, cuya revelación o utilización es considerada una transgresión del deber de secreto, de tal modo que de ello se deriva un supuesto de responsabilidad para el infractor. En el artículo 1245 de la *Propuesta de Modernización* no se especifica qué datos han de ser incluidos en esta excepción, sino que simplemente se menciona la información facilitada con carácter confidencial. Para su concreción, entendemos que lo más atinado será recurrir al texto del artículo II.-3:302(2) DCFR, y considerar que en la expresión «información confidencial» se encierra cualquier dato que, ya sea por su propia naturaleza ya sea por las circunstancias en las que fue obtenido, el receptor del mismo conoce o razonablemente podría esperarse que percibiera su cariz reservado para la otra parte. Obviamente, también habrán de estimarse incluidas las informaciones que explícitamente se le comunicaron con tal carácter.

Por último, en el apartado 5 del artículo 1245 de la *Propuesta de Modernización* se recogen las consecuencias, con carácter general, de la infracción de los deberes impuestos en dicho precepto, excepto en el caso de entablar o interrumpir las negociaciones de mala fe y cuando se comienzan o continúan sin intención de llegar a un acuerdo; en estas últimas hipótesis, como veremos, la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones. En cambio, la regla general aplicable al supuesto ahora estudiado implica que quien vulnere el deber de secreto habrá de afrontar la indemnización de daños y perjuicios.

Si bien es cierto que estos daños y perjuicios pueden resultar cuantiosos, tampoco hay que desdeñar la enorme dificultad inherente a su precisión. Asimismo, mientras que los perjuicios irrogados a la otra parte con el quebrantamiento del deber de confidencialidad pueden resultar relativamente reducidos, los eventuales beneficios que puede obtener el incumplidor con su conducta contraria a la lealtad negocial pueden llegar a ser extraordinarios. Tal circunstancia animará a la vulneración de aquel deber en determinadas condiciones. Por este motivo, nos parece definitivamente más adecuado el criterio dibujado por todos los textos internacionales mencionados, donde se preceptúa que quien no haya respetado este deber no solo habrá de reparar el daño inferido a la otra parte, sino que también se verá compelido a satisfacer una compensación fundada en el propio

beneficio experimentado como consecuencia de su desleal conducta. De este modo, aun con el riesgo de exceder en el resarcimiento la medida de los daños ciertamente generados a la otra parte, se restituiría el enriquecimiento injusto[50].

Una sentencia que suele citarse como paradigmática en torno a la indemnización por la vulneración del deber de confidencialidad en el Derecho inglés es el caso *Peter Pan Manufacturing Corp. v Corsets Silhouette Ltd.* [1964] 1 WLR 96, para aseverar que cuando se produce un uso no autorizado de la información confidencial, el cálculo del resarcimiento puede efectuarse tomando en consideración el beneficio obtenido por el infractor. No obstante, en decisiones ulteriores se revela que esta posibilidad no es de aplicación general, y que se reserva a ciertas hipótesis donde la información empleada es secreta, y que podría ser considerada como análoga a un derecho de propiedad intelectual: cfr. *Vercoe and others v Rutland Fund Management Ltd. and others* [2010] EWHC 424 (Ch), y *Jones v Ricoh UK Ltd.* [2010] EWHC 1743 (Ch). Con carácter general, y no ceñido al angosto ámbito del quebrantamiento del deber de confidencialidad, se prevé en el artículo 6:104 del Burgerlijk Wetboek holandés que los tribunales pueden hacer un cálculo de los daños en función de los beneficios obtenidos con la conducta nociva por el infractor[51].

C) *Los cuestionables deberes de custodia, conservación y protección*

Aunque gran parte de nuestra doctrina considera que su vulneración constituye una hipótesis de responsabilidad aquiliana, por influencia de la doctrina alemana cabría apreciar que también forman parte del contenido de la buena fe precontractual los *deberes de custodia y conservación,* así como el más genérico *deber de protección* a la otra parte. Como consecuencia de ello, podría existir responsabilidad precontractual por los daños producidos en su patrimonio o en su salud derivados de la conducta de la otra parte en los tratos[52].

Un caso muy elocuente tradicionalmente mencionado fue el decidido por el *Reichsgericht* el 7 de diciembre de 1911, conocido como *Linoleumrollenfall,* que consideró contractual la responsabilidad del dueño de un negocio, por los daños sufridos por una señora mientras examinaba los tapices que aquel tenía en su local, cuando uno de los rollos de esos tapices cayó y le provocó lesiones en la pierna[53].

Tras la reforma del Derecho de Obligaciones alemán —a través de la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts,* de 26 de noviembre de 2001—, en la configuración del contenido de la relación obligatoria se incluyen no solo el deber de prestación *(Leistungspflicht)*, sino también los deberes de protección *(Schutzpflichten)*, en virtud de los cuales las partes deben respetar sus derechos, bienes jurídicos e intereses recíprocamente (cfr. el nuevo § 241.2 BGB[54]; asimismo, en el actual § 282 BGB se recoge la posibilidad de ser indemnizado

como consecuencia de la violación de los *Schutzpflichten*). El legislador alemán ha extendido expresamente los *deberes de protección* a la fase precontractual, a través de la reforma del § 311.2 BGB[55], que supone el desarrollo legislativo de la *culpa in contrahendo*.

No obstante, como hemos indicado, en nuestra doctrina suele aseverarse que estas hipótesis configuran un mero supuesto de responsabilidad aquiliana[56]. Esta misma perspectiva es sostenida en nuestra más extendida jurisprudencia, donde también se contemplan estos casos como una manifestación de responsabilidad extracontractual[57].

Esta última posición ha resultado plenamente respaldada por el legislador comunitario en el Reglamento Roma II, en cuyo Considerando número 30 se excluye de modo rotundo la adscripción de estos deberes al ámbito de la responsabilidad precontractual, y explícitamente se ubican en el marco de la responsabilidad extracontractual[58].

D) *Deber de no abandonar injustificadamente las negociaciones*

a) Supuesto de hecho

La manifestación paradigmática de la *bona fides in contrahendo* viene constituida por el deber de no interrumpir los tratos preliminares sin justa causa, a pesar de que esta circunstancia no fuera prevista ni por los autores del Derecho Común, ni tampoco por JHERING. El origen doctrinal de este deber podemos hallarlo en FAGGELLA, que fue quien llamó la atención sobre el mismo, en un intento de alejar el Derecho de las concepciones individualistas y liberales exacerbadas[59].

Lógicamente, hemos de aceptar como punto de partida la libertad de las partes en sede negocial, de tal manera que no se entorpezca el tráfico jurídico mediante una vinculación desde un primer momento que aquellas no desean. A esta idea responde el artículo 1245.1 de la *Propuesta de Modernización*, cuando reconoce que las partes *«son libres para entablar negociaciones dirigidas a la formación de un contrato, así como para abandonarlas o romperlas en cualquier momento»*. En este punto, el texto español sigue el camino tradicionalmente marcado por nuestra doctrina y jurisprudencia, así como el fijado por los textos internacionales en los que halla su inspiración[60]. Sin embargo, esta libertad no puede ser de cariz absoluto, y es preciso delimitar la facultad de abandonar los tratos preliminares, pues puede dar lugar a daños injustos en el patrimonio de la otra parte. Dicho límite viene señalado por el criterio de la buena fe.

Según se reconoce en la STS de 19 de julio de 1994 *(RJ* 6698), si bien *obiter dicta* y con carácter genérico, «necesariamente la fijación de una indemnización de daños y perjuicios no va siempre vinculada al incumplimiento de un

precontrato, puesto que, también, cabe en casos excepcionales que se atribuya a la ruptura de tratos preliminares al contrato…».

En este sentido, en el artículo 1245.4 del texto proyectado se dispone que quien haya procedido con mala fe al entablar o interrumpir los tratos preliminares habrá de responder por los daños causados a la otra parte. En cualquier caso, según el tenor literal de dicho precepto, se juzgará contrario a la buena fe el hecho de iniciar o continuar unas negociaciones sin intención de llegar a un acuerdo. La frontera de la buena fe aparece claramente rebasada en el supuesto de ruptura de las negociaciones tras haberlas comenzado o proseguido, a pesar de ser consciente de que no se va a concluir el contrato, puesto que con esta conducta los tratos se han visto apartados de su misión[61]. No obstante, en aplicación de la concepción objetiva del principio de buena fe a la que ya aludimos, hemos de advertir que no es imprescindible que la ruptura se verifique de manera maliciosa, en aras a determinar la existencia de una hipótesis de responsabilidad precontractual[62]. A nuestro modo de ver, esta aseveración resulta plenamente compatible con la previsión recogida en el primer inciso del artículo 1245.4 de la *Propuesta de Modernización*.

En apoyo de tal opinión, podemos observar cómo esta línea es la seguida en los textos internacionales inspiradores de nuestra proyectada norma. Así, por ejemplo, en los artículos 2:301(2) PECL y II.-3:301(2) DCFR se hace responsable a quien rompe unas negociaciones en contra de la buena fe y la lealtad negocial *(break off negotiations contrary to good faith and fair dealing)*. Aunque en el artículo 2.1.15 Principios UNIDROIT simplemente se hace mención a quien *interrumpe las negociaciones de mala fe,* de los comentarios al precepto publicados por sus propios autores se desprende, de manera palmaria, que no se halla referido únicamente a quienes interrumpen las negociaciones de manera deliberadamente malintencionada, sino también a quienes las abandonan en contra de los principios de lealtad negocial y confianza[63].

Por otra parte, en el artículo 1248 de la propia *Propuesta de Modernización* se contempla explícitamente una hipótesis donde una de las partes no se halla siquiera facultada para romper las negociaciones y, por consiguiente, seguiría vigente su propuesta de contrato y no habría lugar a responsabilidad precontractual: cuando la oferta es irrevocable. Tal precisión resulta absolutamente coherente, si bien el desarrollo de dicho precepto nos parece discutible. En este sentido, al margen del caso en el que el oferente haya dotado de naturaleza irrevocable a su propuesta, en los apartados 2.º y 3.º se contemplan otros supuestos de irrevocabilidad que resultan excesivos: cuando en la oferta se haya fijado un plazo para la aceptación (a menos que el oferente se haya reservado expresamente la facultad de revocarla), y cuando el destinatario de la oferta hubiera podido confiar por las declaraciones o comportamiento del oferente en el carácter irrevocable de aquella y hubiera realizado actos o negocios sobre la base de esta confianza.

A nuestro modo de ver, la concesión de un plazo para aceptar la propuesta contractual no debería bastar para conferirle naturaleza irrevocable. A tal efecto, entendemos que la voluntad de renunciar a la facultad de revocar su declaración negocial habría de resultar patente. Esta opinión resulta refrendada por la doctrina general emanada de nuestra jurisprudencia, a cuyo tenor, para que pueda entenderse que se ha producido la renuncia de un derecho con todas sus consecuencias, habrá de manifestarse «de manera clara y definitiva y concluyente, por actos que demuestren, fuera de toda duda, la voluntad de renunciar de quien tiene capacidad para ello sin posibilidad de presumirla» [cfr., entre otras, SSTS de 25 de mayo de 1974 *(RJ* 2105), de 26 de septiembre de 1983 *(RJ* 4680), de 4 marzo de 1988 *(RJ* 1551) y de 30 de marzo de 2000 *(RJ* 1785)][64].

La solución proyectada, si bien sigue la senda trazada por los principales instrumentos internacionales, no resulta coherente desde el punto de vista de la lógica jurídica. A nuestro juicio, si la regla se halla constituida por la revocabilidad de la oferta, su renuncia ha de juzgarse excepcional y, por consiguiente, de restrictiva interpretación. En nuestra opinión, los intereses del destinatario de la propuesta contractual resultarían satisfactoriamente tutelados a través de la responsabilidad precontractual, sin necesidad de estimar irrevocable una oferta por la simple inclusión de un plazo de duración de la misma. En estos casos, sería sencillo considerar quebrantada su confianza si el oferente revoca la oferta dentro de su periodo de vigencia. Por lo tanto, cabría configurar un supuesto de responsabilidad *in contrahendo,* aunque debería dejarse cierto margen al juzgador para determinar, según las circunstancias concurrentes en cada caso particular, si verdaderamente la revocación de una oferta que tiene fijado un tiempo de duración ha defraudado suficientemente la confianza de la otra parte[65].

Similares consideraciones resultan predicables, a nuestro modo de ver, de lo dispuesto en el artículo 1248.3.º de la *Propuesta de Modernización,* cuando determina la irrevocabilidad de una propuesta contractual con apoyo en la confianza que las declaraciones o comportamiento del oferente hayan podido suscitar en su destinatario (que ha realizado actos o negocios sobre la base de esta convicción). Este escenario evoca, de manera palmaria, el ámbito donde nos movemos en sede de responsabilidad precontractual. Por lo tanto, no nos parece razonable disponer la irrevocabilidad de la propuesta en tales circunstancias, ya que podríamos tutelar la confianza de la otra parte en las negociaciones a través del resarcimiento por responsabilidad *in contrahendo*.

b) *Requisitos*

La cuestión que inmediatamente emerge es la concreción de las hipótesis en las que ha de considerarse que se han abandonado los tratos injustamente, es decir, la determinación de cuándo hay responsabilidad *in contrahendo* por

ruptura de las negociaciones. Como consecuencia de ello, la posición que estimamos plasmada en los textos internacionales, y mayoritariamente sostenida por la doctrina y la jurisprudencia tradicionales, lleva inherente el importante inconveniente de la vaguedad y la incerteza de las conductas que violentan la buena fe en sentido objetivo[66].

Para poder ofrecer soluciones a esta incertidumbre, el sector doctrinal y jurisprudencial dominante ha venido exigiendo tres requisitos: que haya confianza tutelable, una ruptura sin justa causa de las negociaciones y la irrogación de daños a la otra parte[67].

Entendemos que esta construcción resulta plenamente válida tanto para el artículo 1245 de la *Propuesta de Modernización* española como para los mencionados textos internacionales, si bien resultaría ciertamente útil que en todos ellos se observara algo más de claridad en relación con los presupuestos que permitan considerar que la ruptura de los tratos es contraria a la buena fe. Como atinadamente advierte CARRASCO, si bien existe alguna jurisprudencia que reconoce un espacio propio a la responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones, no se ha establecido «de modo preciso cuál es la fuente normativa, el contenido y los límites de un deber de negociar de buena fe»[68].

Aunque algún autor ha entendido que la confianza tutelable de la que hablamos en esta sede únicamente puede hallarse referida al correcto desarrollo de las negociaciones[69], la mayor parte de la doctrina considera que en estas hipótesis lo que se vulnera es la confianza en la conclusión del contrato[70]. La concepción dominante ha sido refrendada por el artículo 6.3 del Código de Pavía, que es el único texto de los mencionados donde se ha abordado la conveniente tarea de concreción que reclamamos sobre esta materia (se habla de *confianza razonable en cuanto a la celebración del mismo*)[71].

La duración de las negociaciones no es lo verdaderamente relevante a efectos de valorar si hay una confianza digna de protección, sino lo avanzado de su desarrollo. En este sentido, únicamente podrá apreciarse la presencia de una confianza tutelable en los casos en los que se hayan contemplado los elementos esenciales del concreto negocio[72]. Un ejemplo jurisprudencial interesante podemos hallarlo en nuestro país, en la STS de 16 de mayo de 1988 *(RJ* 4308): «…el problema del traslado del demandante (…) [a una oficina sita en Miami de la entidad financiera en la que trabajaba] se trató seriamente, llegándose a un punto en el que dicho señor, con toda lógica y ateniéndose a las noticias que le dieron altos empleados de la indicada sociedad, demandados también en este litigio, debió pensar que su traslado a la oficina de Miami (USA) estaba ya acordado y era además inminente lo que impulsó a los accionantes a adoptar disposiciones [venta de automóviles, excedencia voluntaria de la esposa en su puesto de trabajo de Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social] que resultaron, ante el fracaso de sus expectativas, claramente perjudiciales para sus intereses…».

Si bien esta solución resulta acogida exclusivamente en el ya referido artículo 6.3 del Código de Pavía, en nuestra opinión, constituye un criterio que no colisiona en absoluto ni con nuestra *Propuesta de Modernización,* ni con el resto de textos internacionales mencionados[73]. A nuestro modo de ver, lo más atinado que podría hacer nuestro legislador es introducir una previsión similar en el proyectado artículo 1245 o, al menos, ofrecer algún elemento que arroje algo de luz sobre una materia habitualmente equívoca. En realidad, en torno a tal problemática, este precepto no supone una gran aportación si lo comparamos con las construcciones doctrinales y jurisprudenciales presentes desde hace años en nuestro país[74].

El segundo de los requisitos que mencionamos con anterioridad, al margen de la confianza tutelable, hace referencia al carácter arbitrario del abandono de las negociaciones. Por consiguiente, para que podamos apreciar un supuesto de responsabilidad precontractual, la ruptura ha de carecer de justa causa. En el artículo 6.3 del Código de Pavía se dispone que, una vez examinados los elementos esenciales del contrato, quien haya suscitado una confianza razonable en torno a la celebración de aquel, *«actúa contra la buena fe desde que interrumpe los tratos preliminares sin motivo justificado»*. A pesar de ello, ni en la *Propuesta de Modernización* ni en el resto de textos internacionales inspiradores de la misma se hace mención a tal circunstancia. No obstante, entendemos que la misma es connatural a las expresiones empleadas en ellos, tales como interrumpir las negociaciones *con mala fe* [art. 1245.4 de *Propuesta de Modernización* y art. 2.1.15(2) Principios UNIDROIT] o *to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing* [art. 2:301(2) PECL y art. II.-3:301(2) DCFR].

La locución «abandono de los tratos sin justa causa» adolece de una considerable amplitud y ambigüedad. En principio, las partes son libres de romper las negociaciones sin necesidad de aducir causa alguna, pues el juicio sobre la oportunidad de concluir el contrato es una cuestión de apreciación puramente individual. Sin embargo, cuando ya ha brotado una confianza en la otra parte merecedora de protección, quien abandona las negociaciones no puede prescindir de un análisis global del nuevo escenario generado, y ha de concluirse que la ruptura de aquellas se encuentra limitada por el principio de la buena fe. La clave radica en hallar el punto de equilibrio entre la autonomía privada *in contrahendo* y la preservación del principio de la confianza tutelable. Lógicamente, no podemos configurar una regla precisa y equitativa sobre las causas de ruptura de las negociaciones que han de juzgarse justificadas de modo apriorístico, pues únicamente cabe hallar soluciones concretas en cada supuesto, en la búsqueda de la verificación práctica de la «justa causa».

Se han ofrecido algunos ejemplos donde, previsiblemente, habrá de entenderse justificado el abandono de los tratos preliminares: por haber aparecido ofertas más interesantes; por haber devenido menos beneficioso el contrato al producirse una alteración de las circunstancias; por ser excesivamente duraderas las propias negociaciones; por haber alterado la otra parte su posición en la

negociación a través de nuevas exigencias; o bien como consecuencia de haber pactado las partes, al inicio de los tratos, que cualquiera podía retirarse de ellos libremente. Con carácter general, se propone como justificada su ruptura si se cimienta en una causa de índole objetiva[75], cuya prueba habrá de afrontar la parte que se retira de las negociaciones[76]. De manera coherente con lo anterior, se debe desestimar la consideración como justo de un abandono fundado en simples apreciaciones subjetivas[77], así como en la existencia de circunstancias que ya conocía al comenzar las negociaciones, o que eran cognoscibles si se hubiera empleado una diligencia ordinaria.

Lógicamente, quien ha abandonado abruptamente y sin justa causa las negociaciones se verá afectado por un deber de resarcimiento, siempre y cuando haya irrogado un daño relevante con su conducta a la otra parte, como consecuencia de la situación de confianza que en ella se había generado. PANTALEÓN vuelve su mirada hacia un supuesto llamativo, y de él extrae la siguiente conclusión: si el infractor logra probar, «con una seguridad rayana en la certeza», que el abandono de las negociaciones ha librado a la otra parte de una operación que le hubiera originado pérdidas, no resultaría justo imponer a aquel —aunque actuara dolosamente— la obligación de indemnizarle en concepto de responsabilidad precontractual[78]. Es decir, el daño representa un presupuesto primordial para que de estas hipótesis se derive responsabilidad, y nuestra jurisprudencia se muestra exigente en torno al mismo[79]. Así se desprende, finalmente, del texto del artículo 1245.4 de la *Propuesta de Modernización: «…será responsable de los daños causados a la otra»*.

III. CONCLUSIONES

I. El legislador español parece decidido a poner fin al silencio hasta ahora mantenido en torno a la materia de la responsabilidad precontractual, mediante su contemplación en la *Propuesta de Modernización*. Pese al indiscutible avance que ello supone, hemos de advertir que el texto proyectado resulta insuficiente.

II. La norma programada impone un genérico deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, cuya concreción se deja prudentemente en manos del juzgador en cada caso concreto. No obstante, debería aclarar si se encuentra referido a la buena fe en sentido subjetivo o en sentido objetivo; dada la tendencia inherente a los textos internacionales en los que se inspira, parece que habrá de interpretarse que alude a la buena fe objetiva.

III. Resulta atinado que en el texto no se trate de brindar un elenco exhaustivo, donde se contemplen todas las concretas manifestaciones de este deber de conducirse de acuerdo con la buena fe en la fase de negociaciones. Ello permite que la norma se adapte a las cambiantes exigencias económico-sociales.

IV. En nuestro vigente Código Civil no se contiene una regla general donde se discipline un deber precontractual de información, si bien son varios los preceptos donde puede apreciarse la involucración de tal deber *in contrahendo,* que constituye uno de los más relevantes. El escenario resulta parangonable en la *Propuesta de Modernización,* si bien se regula más detenidamente el error. No obstante, lamentablemente sigue sin contemplarse explícitamente un eventual resarcimiento cuando el contrato se anula como consecuencia de la existencia de dolo o error, ni cuando el mismo no resulta anulado.

V. La *Propuesta de Modernización* debería dotar de mayor importancia al deber precontractual de información, con una regulación clara y sistemática, donde, al menos, se arrojara algo de luz sobre la materia y, especialmente, en relación con los posibles remedios jurídicos.

VI. La norma donde se incluye el deber de secreto adolece de una deficiente redacción. Debería consagrarse al mismo un precepto específico, y disponer que este deber opera no solo cuando el contrato finalmente se celebra, sino también cuando las negociaciones fracasan. Al mismo tiempo, debería precisarse qué suerte de datos han de ser considerados «confidenciales». Por cuanto a la indemnización por su transgresión se refiere, creemos que es más adecuado el criterio mantenido por los textos internacionales, al disponer que la indemnización abarcará tanto el daño inferido a la otra parte como una compensación fundada en el propio beneficio obtenido como consecuencia de su desleal conducta.

VII. En nuestra opinión, la concepción objetiva del principio de la buena fe empuja a sostener que no es necesario que el abandono de las negociaciones se haga con malicia, en aras a considerar que nos hallamos frente a una hipótesis de responsabilidad precontractual.

VIII. Nuestro legislador debería ser más preciso en relación con los requisitos imprescindibles para que deba responderse por la ruptura de tratos preliminares: aludir al avanzado desarrollo de las negociaciones como cimiento de la confianza tutelable, al carácter arbitrario del abandono de las mismas, así como al daño irrogado y a sus límites. En definitiva, el texto proyectado no representa una gran aportación si tomamos en consideración las construcciones doctrinales y jurisprudenciales ya existentes.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

A) Jurisprudencia española

- STS de 13 de marzo de 1950.
- STS de 4 de octubre de 1962.
- STS de 8 de junio de 1972.

- STS de 25 de mayo de 1974.
- STS de 14 de junio de 1976.
- STS de 27 de enero de 1977.
- STS de 16 de noviembre de 1979.
- STS de 26 de enero de 1980.
- STS de 26 de octubre de 1981.
- STS de 26 de septiembre de 1983.
- STS de 21 de septiembre de 1987.
- STS de 4 marzo de 1988.
- STS de 16 de mayo de 1988.
- STS de 7 de noviembre de 1988.
- STS de 23 de noviembre de 1988.
- STS de 30 de diciembre de 1992.
- STS de 19 de julio de 1994.
- STS de 26 de octubre de 1995.
- STS de 29 de febrero 1996.
- STS de 22 de septiembre de 1997.
- STS de 9 de marzo de 1998.
- STS de 6 de marzo de 1999.
- STS de 14 de junio de 1999.
- STS de 16 de diciembre de 1999.
- STS de 20 de febrero de 2000.
- STS de 29 de febrero de 2000.
- STS de 30 de marzo de 2000.
- STS de 30 de junio de 2000.
- STS de 25 de julio de 2000.
- STS de 2 de octubre de 2000.
- STS de 23 de julio 2001.
- STS de 12 de julio de 2002.
- STS de 30 de enero de 2003.
- STS de 18 de enero de 2007.
- STS de 24 de abril de 2009.
- STS de 5 de mayo de 2009.
- STS de 15 de junio de 2009.
- STS de 5 de marzo de 2010.
- STS de 15 de octubre de 2011.
- STS de 14 de diciembre de 2012.
- STS de 18 de abril de 2013.
- STS de 17 de septiembre de 2013.
- SAP de Valladolid de 9 de noviembre de 1998.
- SAP de León de 1 de marzo de 2012.

B) Jurisprudencia comunitaria

- STJUE de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, *Courage Ltd* contra *Bernard Crehan*.
- STJUE de 11 de julio de 2002, asunto C-96/00, *Rudolf Gabriel*.
- STJUE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA* y *Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS).*

C) Jurisprudencia inglesa

- Caso *Peter Pan Manufacturing Corp. v Corsets Silhouette Ltd.* [1964] 1 WLR 96.
- Caso *Martin Walford v Charles Miles* [1992] ADR.L.R. 01/23.
- Caso *Cobbe v Yeomans Row Management Ltd* [2006] EWCA Civ 1139 [2006] 1 WLR 2964.
- Caso *Vercoe and others v Rutland Fund Management Ltd. and others* [2010] EWHC 424 (Ch).
- Caso Jones *v Ricoh UK Ltd.* [2010] EWHC 1743 (Ch).

D) Jurisprudencia alemana

- RG v. 7 de diciembre de 1911 (RGZ 78, 239: *Linoleumrollenfall*).

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, M. (2002): *Derecho Civil*, T. II, *Derecho de Obligaciones,* 11.ª ed., puesta al día con la colaboración de Fernando Reglero. Barcelona, Librería Bosch.

Alberici, A. (1982): «Il dovere precontrattuale di buona fede», en *Rassegna di Diritto Civile,* págs. 1051 y sigs.

Alonso Pérez, M. (1971): «La responsabilidad precontractual», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 485, julio-agosto, págs. 859 a 922.

Arenas García, R. (2008): «La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II», en *InDret*, 4/2008, octubre de 2008, págs. 1 a 27, disponible en http://www.indret.com/pdf/590_es.pdf

Asúa González, C. I. (1989): *La culpa* in contrahendo. Bilbao, Servicio Editorial Universidad del País Vasco.

Banakas, S. (2009): «Liability for Contractual Negotiations in English Law: Looking for the Litmus Test», en *InDret*, 1/2009, febrero de 2009, págs. 1 a 21, disponible en http://www.indret.com/pdf/605_en.pdf

Basozábal Arrue, X. (2009): «En torno a las obligaciones precontractuales de información», en *Anuario de Derecho Civil,* T. LXII, fasc. II, págs. 647 a 711.

BENATTI, F. (1963): *La responsabilità precontrattuale,* Milano, Giuffrè.

— (1987): *Culpa* in contrahendo. *Contratto e impresa*, págs. 287 a 312.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1987): «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en A. y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores,* Madrid, Ed. Tecnos, págs. 180 a 221.

BESSONE, M. (1969): *Trattativa, recesso e danno,* Milano, Giuffrè Editore.

BIANCA, C. M. (2000): *Diritto Civile*, T. III, *Il Contratto,* 2.ª ed., Milano, Giuffrè Editore.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1995): «El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo»,* en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 628, mayo-junio, págs. 747 a 788.

CARRARA, G. (1915): *La formazione dei contratti*, Milano, Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi.

CARRASCO PERERA, Á. (1989): «Comentario al artículo 1101», en M. ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV-1.º, Madrid, Edersa (recurso electrónico accesible en http://vlex.com/vid/228506).

— (2005): «Cartas de intenciones, precontratos, responsabilidad in contrahendo y obligatoriedad de los tratos en la Jurisprudencia Española», en *Aranzadi Civil*, 21/2005, recurso electrónico BIB 2005/2648, accesible en www.westlawinsignis.es.

CATAUDELLA, A. (1994): *I contratti.* Parte Generale, ristampa integrata. Torino: Giappichelli Editore.

CRISCUOLI, G. (1992): *Il Contratto (Itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali),* Padova, Cedam.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (2010): «Lealtad en el periodo precontractual (La conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos)», en *Anuario de Derecho Civil,* T. LXIII, fasc. II, págs. 575 a 636.

DE COSSÍO Y CORRAL, A. (1988): *Instituciones de Derecho Civil,* T. I, Parte general, *Obligaciones y Contratos,* revisado y puesto al día por Manuel DE COSSÍO Y MARTÍNEZ, y José LEÓN-CASTRO ALONSO, 1.ª ed., Madrid, Ed. Civitas.

DE CUPIS, A. (1979): *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile,* vol. I, 3.ª ed., Milano, Giuffrè.

DE LABARRE, M. (1964): «La formation du contrat. L'avant-contrat», en *62.º Congrès des Notaires de France,* Perpignan, págs. 17 y sigs.

DE LA MAZA GAZMURI, Í.: (2010): *Los límites del deber precontractual de información*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.

— (2010): «Casos realmente difíciles: los deberes precontractuales de información y las consideraciones de eficiencia», en *Anuario de Derecho Civil,* T. LXIII, fasc. IV, págs. 1683 a 1723.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., y PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2011): «Comentario a la STS de 5 de marzo de 2010», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 86/2011, parte Comentario, recurso electrónico BIB 2011/849, accesible en www.westlawinsignis.es.

DEL OLMO GARCÍA, P. (2001): «Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas», en *Anuario de Derecho Civil,* T. LIV, fasc. I, recurso electrónico accesible en http://vlex.com/vid/380133.

De los Mozos y de los Mozos, J. L. (2001): «Responsabilidad en los "tratos preparatorios" del contrato», en R. de Ángel y M. Yzquierdo (coord.), *Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al profesor Roberto López Cabana*. Madrid, Dykinson, págs. 167 a 186.

De Verda y Beamonte, J. R. (2006): «El dolo *in contrahendo*», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16/2006, recurso electrónico BIB 2006/56, accesible en www.westlawinsignis.es.

Di Gregorio, V. (1993): «Culpa *in contrahendo* e interesse negativo (comentario a Cass. 26 maggio 1992, n. 6294)», en *Giurisprudenza civile commentata*, T. I, págs. 351 y sigs.

Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1991): «Comentario al artículo 1258», en L. Díez-Picazo, R. Bercovitz, P. Salvador y C. Paz-Ares (dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II. Madrid, Ministerio de Justicia, págs. 436 a 438.

— (1996): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. T. I, 5.ª ed., Madrid, Ed. Civitas.

Díez-Picazo, Roca Trías, E. y Morales Moreno, A. M. (2002): *Los principios del Derecho Europeo de Contratos,* Madrid, Ed. Civitas.

Enneccerus, L.; Kipp, T. y Wolff, M. (1981): *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, T. 1.º, II, Primera Parte, 15.ª revisión por Hans Carl Nipperdey, traducción de la 39.ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer, 3.ª ed., al cuidado de Alfonso Hernández Moreno y María del Carmen Gete-Alonso y Calera, Barcelona, Ed. Bosch.

Faggella, G. (1906): «Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esata costruzione scientifica», en *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, T. III. Napoli: Luigi Pierro, págs. 269 y sigs.

— (1909): «Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali», en *Archivio Giuridico «Filippo Serafini»,* Terza Serie, Vol. XI, Roma, págs. 128 a 150.

— (1918): *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, 2.ª ed., Roma, Stab. Tip. Società Cartiere Centrali.

Galgano, F. (1999): *Diritto Civile e Commerciale,* vol. II, T. I, 3.ª ed., Padova, Cedam.

García Cantero, G. (2010): *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*. Madrid, Ed. Reus.

Gómez Pomar, F. (2007): «El incumplimiento contractual en Derecho español», en *InDret*, 3/2007, julio de 2007, págs. 1 a 49, disponible en http://www.indret.com/pdf/466_es.pdf

Hernández Gil, A. (1979): *Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe* (discurso leído el día 22 de octubre de 1979, en la sesión inaugural del curso 1979-1980), Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) (2007): *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, 2004*, Roma.

Jiménez Muñoz, F. J. (2013): «Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738, julio-agosto, págs. 2253 a 2328.

Jordano Fraga, F. (1987): *La responsabilidad contractual*, Madrid, Ed. Civitas.

LANDO, O. y BEALE, H. (2000): *Principles of European Contract Law,* Parts I and II, combined and revised, prepared by The Commission of European Contract Law. The Hague/London/Boston: Ed. Kluwer Law International.

LARIOS MOREU, L. (2012): *Regulación de la formación del contrato: necesidad o conveniencia, factores a valorar y modelos existentes*. Trabajo de investigación presentado para la obtención del Diploma de Estudios Avanzados, Programa de Doctorado en Estudios de Derecho Civil, Universidad Complutense, Madrid.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (1980): «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1977)», en *Revista de Derecho Privado,* págs. 50 a 78.

LUMINOSO, A. (1988): «La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile», en *Contratto e impresa,* págs. 792 a 803.

LUNA SERRANO, A. (2003): «El régimen de los tratos preliminares en el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos», en *Estudios de Deusto,* vol. 51/1, enero-junio, págs. 307 a 316.

MANZANARES SECADES, A. (1984): «La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares», en *Anuario de Derecho Civil,* T. XXXVII, fasc. III, págs. 687 a 748.

MEDINA ALCOZ, M. (2005): «La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 5-6, mayo-junio, recurso electrónico accesible en http://vlex.com/vid/ruptura-injustificada-precontractua-289829.

MENÉNDEZ MATO, J. C. (1998): *La oferta contractual*, Pamplona, Ed. Aranzadi.

MENGONI, L. (1956): «Sulla natura della responsabilità precontrattuale (comentario a Cass. 5 maggio 1955, n. 1259 y a la decisión del Tribunal de Roma, 24 gennaio 1955)», en *Rivista di Diritto Commerciale,* T. II, págs. 360 a 372.

MESSINEO, F. (1952): *Doctrina General del Contrato*, T. I, trad. esp. de la 3.ª ed., italiana de 1948 por R. O. FONTANARROSA, S. SENTÍS MELENDO y M. VOLTERRA. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª (1993): «La responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias», en *Cuadernos de Derecho Judicial,* núm. XIX, págs. 61 y sigs.

MIRABELLI, G. (1980): *Commentario del Codice Civile,* redatto a cura di magistrati e docenti, «Delle obbligazioni. Dei contratti in generale: artt. 1321-1469», 3.ª ed., Torino, UTET.

MONATERI, P. G. (1998): *La responsabilità contrattuale e precontrattuale,* Torino, UTET.

MORALES MORENO, A. M. (2004): «Comentario a los artículos 1269 y 1270», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* T. XVII-1.º B, dir. por Manuel ALBALADEJO. Edersa, Madrid, 2004, recurso electrónico accesible en http://vlex.com/vid/articulos-231160.

— (2010): *Incumplimiento del contrato y lucro cesante,* Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

— (2011): «¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo», en K. J. ALBIEZ DOHRMANN (dir.), M.ª L. PALAZÓN GARRIDO y M.ª M. MÉNDEZ SERRANO (coord.), *Derecho Privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona, Atelier, págs. 400 a 422.

MORENO QUESADA, B. (1963): *La oferta de contrato*, Barcelona, Colección Nereo.

NASARRE AZNAR, S. (2012): «Marketing y deberes precontractuales», en A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA, M.ª P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coord.), *Derecho europeo de contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia,* vol. 1. Barcelona, Atelier, págs. 183 a 271.

NATTINI, A. (1910): «Cenni critici sulla così detta responsabilità precontrattuale (nota a Trib. Napoli 31 marzo 1909)», en *Il Diritto Commerciale: rivista mensile critica di dottrina, legislazione e giurisprudenza*, vol. I, Serie II. Torino, UTET, págs. 235 a 251.

NEVONI, R. (1992): «L'art. 1337 cod. civ. e il recesso unilaterale dalla trattativa (commento a Trib. di Cremona 6 giugno 1991)», en *Foro padano,* T. I, págs. 456 y sigs.

OLIVA RODRÍGUEZ, A. M. (1989): «Panorama del Derecho de obligaciones y contratos», en CASTÁN TOBEÑAS: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 594, septiembre-octubre, págs. 1439 a 1470.

OSTI, G. (1957): Voz «Contratto», en *Novissimo Digesto Italiano,* T. IV, 3.ª ed., Torino, UTET, págs. 462 a 535.

PACCHIONI, G. (1950): En C. GRASSETTI (coord.), *Obbligazioni e contratti: succinto commento al libro quarto del codice civile*. Padova, Ed. Cedam.

PACIONI, P. (1677): *De Locatione, et Conductione Tractatus,* Romae, Typis et Sumptibus Nicolai Angeli Tinassij.

PANTALEÓN PRIETO, F. (1984): «Comentario a la STS de 19 de junio de 1984», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 6, septiembre-diciembre, págs. 1869 a 1884.

— (2011): «Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos», en *Anuario de Derecho Civil,* T. LXIV, fasc. III, págs. 897 a 929.

PASQUAU LIAÑO, M. (1992): «Comentario al artículo 8.1 y 2 LGDCU», en R. BERCOVITZ y J. SALAS (coord.): *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios,* Madrid, Ed. Civitas, págs. 139 a 175.

— (2000): *Jurisprudencia civil comentada: Código Civil*, en M. PASQUAU (dir.), K. J. ALBIEZ y A. LÓPEZ (coord.), Granada, Ed. Comares, págs. 2146 a 2154.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A. (2009): «Buena fe y lealtad contractual», en Sixto SÁNCHEZ LORENZO (ed.), *Derecho Contractual Comparado. Una perspectiva europea y transnacional*. Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, págs. 341 a 404.

RAVAZZONI, A. (1966): *La formazione del contratto,* T. I, *Le fasi del procedimento,* Milano, Giuffrè.

ROGEL VIDE, C. (1977): *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español,* Madrid, Ed. Civitas.

ROUSSEAU, J. J. (1762): *Du contract social; ou, Principes du Droit Politique,* Ámsterdam, chez Marc Michel Rey.

SACCO, R. (1982): En P. RESCIGNO (dir.), *Trattato di Diritto Privato,* vol. 10, T. 2.º, Torino, UTET.

SALEILLES, R. (1907): «De la responsabilité précontractuelle, à propos d'une nouvelle étude sur la matière», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil,* VI, págs. 697 a 751.

SALOMON AUGUSTUS, C. (1681): *De tractatibus (von Handlungs-Vorschlägen, Vulgo Tractaten),* Jenæ, Typis Gollnerianis.

SCOGNAMIGLIO, R. (1970): «Comentario del artículo 1337», en A. SCIALOJA y G. BRANCA (dir.), *Commentario del Codice Civile,* Disposizioni Preliminari-Dei Requisiti del Contratto. Bologna-Roma: Zanichelli Editore.

SONNENBERGER, H. J. (1991): *La conclusione del contratto secondo il Diritto tedesco (con attenzione ai problemi internazionalprivatistici nei rapporti commerciali italo-tedeschi)*, con la collaborazione per il testo italiano del Dr. M. Stefani, Padova, Cedam.

STELLA RICHTER, G. (1996): *La responsabilità precontrattuale*, Torino, UTET.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, editado por Christian VON BAR, Eric CLIVE, Hans SCHULTE-NÖLKE, Hugh BEALE, Johnny HERRE, Jérôme HUET, Matthias STORME, Stephen SWANN, Paul VARUL, Anna VENEZIANO, Fryderyk ZOLL.

TARABAL BOSCH, J. (2011): «Comentario a la STS de 2 de noviembre de 2010», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87/2011, parte Comentario, recurso electrónico BIB 2011/1647, accesible en www.westlawinsignis.es.

VALÉS DUQUE, P. (2012): *La responsabilidad precontractual*, Madrid, Ed. Reus.

VIGURI PEREA, A. (2000): «En pro del estudio de un desconocido: los tratos preliminares», en R. HERRERA (coord.), *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. III. Almería, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, págs. 1855 a 1866.

VON JHERING, R. (1969): «Culpa *in contrahendo* oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen». *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts (Jhering-Jahrbücher),* 4. Band (1861): Berlin-Zürich: Verlag Gehlen-Bad Homburg v.d.H., págs. 7 a 91.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (1988): «De nuevo sobre la buena fe», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 6, Universidad de Extremadura, Cáceres, págs. 633 a 681.

— (1991): «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 603, marzo-abril, págs. 443 a 489.

NOTAS

[1] Según expone CATAUDELLA, A. (1994), *I contratti,* Parte Generale, ristampa integrata. Torino, Giappichelli Editore, pág. 35: no basta un mero contacto de hecho, sino que es imprescindible que el mismo asuma relevancia jurídica, de tal modo que el ordenamiento jurídico le confiera efectos de cualquier naturaleza. Dentro de la formación de la voluntad, FAGGELLA distingue tres fases diferentes, con consecuencias jurídicas diversas [FAGGELLA, G. (1918), *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale,* 2.ª ed., Roma: Stab. Tip. Società Cartiere Centrali, págs. 3 a 17)]: 1) la fase de discusión o tratos preliminares; 2) la fase de reflexión, durante la cual las partes evalúan el resultado de las discusiones previas, reflexionan y elaboran sus proposiciones; y 3) la fase de emisión de la oferta, en la que el proponente envía a la otra parte la oferta contractual definitiva. Una vez transcurridas estas tres fases, ya solo resta que la parte a la que se ha dirigido la propuesta conteste aceptando o rechazando dicha oferta. Sin embargo, en la práctica, las tres fases se mezclan, pues frecuentemente se suceden las propuestas y contrapropuestas, y a estas les sigue una nueva discusión sobre los términos controvertidos. En relación con esta cuestión, FAGGELLA expone que habitualmente se consideraba que la fase precontractual comenzaba con la formulación de una oferta, pues esta supone la base del vínculo obligatorio, pero se descuidaba el periodo anterior a ella [FAG-

GELLA (1906), «Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed essata costruzione scientifica», en *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda,* T. III, Napoli, Luigi Pierro, pág. 273]; el mismo FAGGELLA abordó el estudio de esta fase y fue seguido, entre otros, por SALEILLES, R. (1907), «De la responsabilité précontractuelle, à propos d'une nouvelle étude sur la matière», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil,* VI, págs. 697 a 751. No obstante, las negociaciones pueden dar comienzo, precisamente, con la presentación de una propuesta contractual, que da lugar a una posterior discusión centrada en sus términos; según MORENO QUESADA, en estas hipótesis, la fase de tratos preliminares se iniciará al enviarse la contestación a dicha oferta [MORENO QUESADA, B. (1963), *La oferta de contrato,* Barcelona, Colección Nereo, pág. 16]. Como consecuencia de todo lo anterior, quizá resulte más oportuno eludir cualquier distinción de etapas dentro de los tratos preliminares. Por otra parte, las negociaciones previas no son indispensables, y el consentimiento puede formarse de modo instantáneo, al encontrarse directamente las voluntades coincidentes. Asimismo, como advierte CARRARA, G. (1915), *La formazione dei contratti,* Milano, Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, pág. 1: la duración de los tratos puede variar, según la importancia del objeto de discusión y del ambiente en el que se negocia.

[2] SALOMON AUGUSTUS habló de *Propositiones conventionem antecedentes,* donde se incluían las propuestas precedentes a la convención con las que las partes, sin intención de obligarse, se comunican recíprocamente la intención de contratar [SALOMON AUGUSTUS, C. (1681), *De tractatibus (von Handlungs-Vorschlägen, Vulgo Tractaten)*, Jenæ, Typis Gollnerianis, Thes. II]. Por su parte, PACIONI se refirió a esta etapa preliminar en los siguientes términos: «…qui tractatus differt a contractu et eum præcedit et non requirit consensum deliberatum, sed solam dispositionem ad illum et discussionem» [PACIONI, P. (1677), *De Locatione, et Conductione Tractatus,* Romae, Typis et Sumptibus Nicolai Angeli Tinassij, cap. XXII, de probatione locationis, n. 3].

[3] RAVAZZONI, A. (1966), *La formazione del contratto,* T. I, *Le fasi del procedimento.* Milano, Giuffrè, pág. 55.

[4] CRISCUOLI pone de relieve la importancia de los tratos preliminares, al aseverar categóricamente que pueden ser considerados como «i materiali di costruzione del futuro contratto» [CRISCUOLI, G. (1992), *Il Contratto (Itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali),* Padova, Cedam, pág. 140].

[5] MENGONI, L. (1956), «Sulla natura della responsabilità precontrattuale (comentario a Cass. 5 maggio 1955, n. 1259 y a la decisión del Trib. Roma, 24 gennaio 1955)», en *Rivista di Diritto Commerciale,* T. II, págs. 362 y 365 a 367. Vid., en nuestra doctrina, ALONSO PÉREZ, M. (1971), «La responsabilidad precontractual», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 485, julio-agosto, pág. 888.

[6] VON JHERING, R. (1969), «Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen», en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts (Jhering-Jahrbücher)*, 4. Band (1861). Berlin-Zürich: Verlag Gehlen-Bad Homburg v.d.H., págs. 7 a 91.

[7] NATTINI, A. (1910), «Cenni critici sulla così detta responsabilità precontrattuale (nota a Trib. Napoli 31 marzo 1909)», en *Il Diritto Commerciale: rivista mensile critica di dottrina, legislazione e giurisprudenza,* vol. I, Serie II. Torino, UTET, pág. 239.

[8] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1996), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* T. I, 5.ª ed., Madrid, Ed. Civitas, pág. 271.

[9] Nuestra doctrina acude habitualmente al artículo 1902 del Código Civil para configurar la responsabilidad precontractual. Sin embargo, OLIVA RODRÍGUEZ considera que en el ordenamiento español está vigente la obligación de indemnizar como consecuencia de los daños causados en los tratos, dado el principio general de la buena fe recogido en el artículo 7 del mismo cuerpo legal [OLIVA RODRÍGUEZ, A. M. (1989), «Panorama del Derecho de Obligaciones y Contratos», en CASTÁN TOBEÑAS, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 594, septiembre-octubre, pág. 1454]. Por su parte, MENÉNDEZ MATO distingue en función de las características de quienes participan en las negociaciones, dado que cuando están presentes

consumidores, el respeto de específicos deberes durante este periodo deriva directamente de la normativa del Derecho de Consumo; sin embargo, cuando la formación del contrato tiene lugar fuera del ámbito de una relación de consumo, resultará aplicable la norma general del artículo 1255 del Código Civil, que —según el mencionado autor— establece los límites al correcto ejercicio de la libertad de contratación, los cuales exigen que la actuación de las partes no contradiga las leyes, la moral, ni el orden público. Al referirse a las leyes, alude al Derecho imperativo, dentro del que se incluye el principio general de la buena fe, de tal modo que la conducta de los negociantes habrá de ajustarse a la buena fe [MENÉNDEZ MATO, J. C. (1998), *La oferta contractual,* Pamplona, Ed. Aranzadi, págs. 220 y 221].

[10] ROUSSEAU ensalza la función del legislador, como hombre excepcional que debe ser: «Le Législateur est à tous égards un homme extraordinaire dans l'Etat. S'il doit l'être par son génie, il ne l'est pas moins par son emploi» [ROUSSEAU, J. J. (1762), *Du contract social; ou, Principes du Droit Politique,* Ámsterdam, chez Marc Michel Rey, pág. 85].

[11] Sobre esta materia, vid. BANAKAS, S. (2009), «Liability for Contractual Negotiations in English Law: Looking for the Litmus Test», en *InDret*, 1/2009, febrero de 2009, disponible en http://www.indret.com/pdf/605_en.pdf, pág. 5. Según explica este autor (*op. cit.*, pág. 6), la «buena fe» como principio que guía la formación y ejecución de los contratos visitó Inglaterra en la Edad Media bajo la influencia del Derecho Canónico; sin embargo, hacia el siglo XIX, y al menos por cuanto al *Common Law* se refiere, la hiperactividad comercial de los mercaderes ingleses y la actitud liberal que prevalece en la jurisprudencia de los tribunales redujeron su importancia en el Derecho de Contratos a una regla de «clearly subjective, "good faith purchase"» (adquisición de buena fe).

[12] Según expresa MUMMERY, L. J., en el caso *Cobbe v Yeomans Row Management Ltd.* [2006] EWCA Civ 1139 [2006] 1 WLR 2964: «Under English law there is no general duty to negotiate in good faith»; no obstante, prosigue, hay «plenty of other ways of dealing with particular problems of unacceptable conduct occurring in the course of negotiations without unduly hampering the ability of the parties to negotiate their own bargains without the intervention of the Courts».

[13] Cfr. BANAKAS, *op. cit.*, págs. 8 y 16 a 18. Hemos de advertir que el panorama del Derecho inglés en materia de responsabilidad precontractual en el ámbito del Derecho de Consumo resulta parangonable al del resto de Estados comunitarios, dada la transposición que se ha llevado a efecto de las Directivas de Unión Europea sobre protección de consumidores y usuarios.

[14] Aunque el legislador italiano nada ha precisado en relación con el carácter subjetivo u objetivo de la buena fe requerida en el artículo 1337 del *Codice civile,* la doctrina italiana se ha decantado mayoritariamente por su configuración objetiva. Vid., v.gr., GALGANO, F. (1999), *Diritto Civile e Commerciale,* vol. II, T. I, 3.ª ed., Padova, Cedam, págs. 547 a 551; MONATERI, P. G. (1998). *La responsabilità contrattuale e precontrattuale,* Torino, UTET, págs. 375 y 376; SACCO, R. (1982), en P. RESCIGNO (dir.), *Trattato di Diritto Privato,* vol. 10, T. 2.º, Torino, UTET, pág. 356; OSTI, G. (1957), Voz «Contratto», en *Novissimo Digesto Italiano,* T. IV, 3.ª ed., Torino, UTET, pág. 514; SCOGNAMIGLIO, R. (1970), «Comentario del artículo 1337», en A. SCIALOJA y G. BRANCA (dir.), *Commentario del Codice Civile,* Disposizioni Preliminari-Dei Requisiti del Contratto. Bologna-Roma: Zanichelli Editore, págs. 203 y 204; CRISCUOLI, *op. cit.*, pág. 141; MIRABELLI, G. (1980), «Commentario del Codice Civile», redatto a cura di magistrati e docenti, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale: artt. 1321-1469,* 3.ª ed., Torino, UTET, págs. 114 y 115; STELLA RICHTER, G. (1996), *La responsabilità precontrattuale*, Torino, UTET, pág. 8.

[15] Esta es la posición mayoritariamente sostenida en nuestra doctrina. Vid., entre otros, ASUA GONZÁLEZ, C. I. (1989), *La culpa in contrahendo,* Bilbao, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, págs. 205, 206 y 293; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L. (2001), «Responsabilidad en los "tratos preparatorios" del contrato», en R. DE ÁNGEL y M. YZQUIERDO (coord.), *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana,* Madrid, Dykinson, págs. 173 y 180; MEDINA ALCOZ, M. (2005), «La ruptura injustificada de los tratos

preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual», en *Revista de Derecho Privado,* núm. 5-6, mayo-junio, recurso electrónico accesible en http://vlex.com/vid/ruptura-injustificada-precontractua-289829. En relación con la buena fe contractual *ex* artículo 1258 del Código Civil, nuestra jurisprudencia se ha manifestado claramente partidaria de la concepción objetiva de la misma. Así, por ejemplo, en la STS de 30 de enero de 2003 *(RJ* 2024) y en las en ella aludidas.

[16] Alonso Pérez, *op. cit.*, pág. 890; a pesar de ello, entiende que un comportamiento meramente culposo o negligente daría lugar a una hipótesis de responsabilidad aquiliana —*ex* art. 1902 CC—, si bien no típicamente precontractual. En la doctrina italiana, vid., entre otros, De Cupis, A. (1979), *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I, 3.ª ed., Milano, Giuffrè, págs. 124 a 126. Sin embargo, Mirabelli (*op. cit.*, pág. 115) considera que la expresión «mala fe» no es más que lo opuesto a la «buena fe», de tal forma que si esta última locución es empleada como sinónimo de «corrección», mala fe ha de entenderse como «incorrección». Es decir, como inobservancia, aunque debida a negligencia, de las reglas de corrección.

[17] Hernández Gil, A. (1979), *Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe* (discurso leído el día 22 de octubre de 1979, en la sesión inaugural del curso 1979-1980). Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, págs. 19 a 36; Yzquierdo Tolsada, M. (1988), «De nuevo sobre la buena fe», en *Anuario de la Facultad de Derecho,* núm. 6, Universidad de Extremadura, Cáceres, pág. 639.

[18] Como manifestación de estas discusiones, vid. el debate recogido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. IX, 1978, págs. 39 y 40.

[19] Quiñones asevera que ya en la versión de 2004 la buena fe se vio reforzada, al incluir la prohibición de *venire contra factum proprium* en el artículo 1.8, donde se veda la posibilidad de defraudar la confianza generada en la otra parte; esta norma, según indica esta autora, se halla destinada a sancionar los comportamientos desleales. Al hablar del DCFR, esta misma autora alude a la dimensión subjetiva y objetiva de la expresión *good faith and fair dealing* [Quiñones Escámez, A. (2009), «Buena fe y lealtad contractual», en Sixto Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho Contractual Comparado. Una perspectiva europea y transnacional,* Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, págs. 384 a 386 y 398].

[20] Vid. el comentario al artículo 2.1.15 (que no ha variado), en *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004*, editado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), Roma, 2007, pág. 61.

[21] Lando, O. y Beale, H. (2000), *Principles of European Contract Law,* Parts I and II, combined and revised, prepared by The Commission of European Contract Law. The Hague/London/Boston: Ed. Kluwer Law International, págs. 115 y 116. Vid., asimismo, Díez-Picazo, Roca Trías, E. y Morales Moreno, A. M. (2002), *Los principios del Derecho Europeo de Contratos,* Madrid, Ed. Civitas, pág. 157.

[22] Pantaleón Prieto, F. (2011), «Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos», en *Anuario de Derecho Civil*, T. LXIV, fasc. III, pág. 911.

[23] Señala Nasarre que el proyectado artículo 1245 de la *Propuesta de Modernización* sigue la misma dirección que el artículo II.-3:301 DCFR [Nasarre Aznar, S. (2012), «Marketing y deberes precontractuales», en A. Vaquer Aloy, E. Bosch Capdevila, M.ª P. Sánchez González (coord.), *Derecho europeo de contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, vol. 1. Barcelona, Atelier, pág. 257]. No obstante, en el precepto programado en nuestro país no se incluye un inciso como el previsto al final del artículo II.-3:301(2) DCFR *(This duty may not be excluded or limited by contract)*, que, en opinión de Pantaleón (*Responsabilidad precontractual…,* cit., págs. 910 y 911), carece de sentido. En relación con este punto, podemos advertir que en el artículo 1212 de la *Propuesta de Modernización* se admiten expresamente, en materia contractual, las reducciones y supresiones del deber de resarcimiento, siempre que este no obedezca a un incumplimiento doloso (salvo, naturalmente, en materia de condiciones generales con consumidores y usuarios). Por consiguiente,

parece lógico pensar que este mismo escenario puede pactarse para el propio desarrollo de los tratos preliminares.

[24] Morales Moreno (2011), «¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo», en K. J. Albiez Dohrmann (dir.), M.ª L. Palazón Garrido y M.ª M. Méndez Serrano (coord.), *Derecho Privado europeo y modernización del Derecho Contractual en España,* Barcelona, Atelier, pág. 418.

[25] Larios Moreu, L. (2012), *Regulación de la formación del contrato: necesidad o conveniencia, factores a valorar y modelos existentes*. Trabajo de investigación presentado para la obtención del Diploma de Estudios Avanzados, Programa de Doctorado en Estudios de Derecho Civil, Universidad Complutense, Madrid, pág. 89.

[26] Sonnenberger, H. J. (1991), *La conclusione del contratto secondo il Diritto tedesco (con attenzione ai problemi internazionalprivatistici nei rapporti commerciali italo-tedeschi)*, con la collaborazione per il testo italiano del Dr. M. Stefani. Padova, Cedam, pág. 117. En nuestra doctrina, vid. Valés Duque, P. (2012), *La responsabilidad precontractual,* Madrid, Ed. Reus, pág. 115.

[27] Stella Richter, *op. cit.*, pág. 8. Según explica Sacco (*Trattato di Diritto Privato,* cit., pág. 358) el legislador ha de optar: *a)* puede tratar de multiplicar las normas para contemplar todos los posibles supuestos; *b)* puede, con su silencio, dejar vía libre para las analogías *legis* e *iuris;* y *c)* puede recurrir a una norma general y elástica. A nuestro juicio, esta última es la respuesta más acertada a la cuestión.

[28] Este deber de información puede trascender, según Del Olmo, a las propias partes del futuro contrato y afectar a otros sujetos relacionados con el mismo (la llamada responsabilidad derivada del folleto) [Del Olmo García, P. (2001), «Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas», en *Anuario de Derecho Civil,* T. LIV, fasc. I, recurso electrónico accesible en http://vlex.com/vid/380133]. Por su parte, Pantaleón *(Responsabilidad precontractual…,* cit., pág. 904) considera inapropiado incardinar en la responsabilidad precontractual las hipótesis de responsabilidad de asesores y expertos que hayan influido en las negociaciones o en la celebración del contrato, pero que no sean «parte contractual», en contra de lo preceptuado en el § 311.3 BGB [*«Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst»* (Una relación obligatoria con deberes según el § 241.2 también puede surgir para personas que no deben ser partes contractuales. Esta relación obligatoria nace, en particular, cuando el tercero reclama para sí confianza en un grado especial y a través de ello influye significativamente en las negociaciones contractuales o en la celebración del contrato)].

[29] Vid., por todos, De la Maza Gazmuri, Í. (2010), «Casos realmente difíciles: los deberes precontractuales de información y las consideraciones de eficiencia», en *Anuario de Derecho Civil,* T. LXIII, fasc. IV, págs. 1710 a 1712.

[30] De la Maza, *Casos realmente difíciles…,* cit., págs. 1712 a 1715.

[31] De la Maza (2010), *Los límites del deber precontractual de información,* Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, pág. 59.

[32] Basozabal Arrue, X. (2009), «En torno a las obligaciones precontractuales de información», en *Anuario de Derecho Civil,* T. LXII, fasc. II, págs. 664 y 665.

[33] No obstante, como puntualiza De la Maza (*Los límites…*, cit., pág. 63), en el ámbito de los vicios redhibitorios, la resolución contractual es una consecuencia de la presencia de vicios ocultos, pero, al no requerir que el vendedor los conociera o debiera conocer, no constituye una consecuencia de la infracción de un deber precontractual de información. Sin embargo, sí lo será en las hipótesis en las que el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos (de hecho, en tales supuestos, en el segundo párrafo del art. 1486 CC se conceden al comprador no solo las acciones edilicias, sino también, de manera complementaria, una indemnización de los daños y perjuicios).

[34] Vid., v.gr., CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1995), «El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo»,* en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 628, mayo-junio, págs. 774 a 779. Lleva a cabo un detenido análisis sobre las hipótesis de responsabilidad precontractual cuando el contrato es válido: la víctima del error imputable a la otra parte o del dolo no anula el contrato, y se limita a solicitar la indemnización de daños y perjuicios; la responsabilidad por dolo incidental (responsabilidad del vendedor que conocía los vicios o defectos y no los manifestó al comprador; responsabilidad del vendedor que no hace constar en la escritura que la cosa vendida está gravada con carga o servidumbre no aparente; responsabilidad del vendedor de mala fe en caso de evicción; responsabilidad del cedente de mala fe en la cesión de créditos; responsabilidad del comodante por no comunicar dolosamente al comodatario los vicios de la cosa prestada; responsabilidad del depositante por los perjuicios que la cosa depositada produzca al depositario).

[35] Vid. la magnífica y detallada exposición efectuada por BASOZABAL, *op. cit.*, págs. 665 a 674.

[36] A raíz del *credit crunch* del año 2008, ciertas entidades trataron de iniciar una recapitalización que comenzaba a resultarles imprescindible, después de unos años de prosperidad y de una poco cuidadosa concesión de créditos. Este panorama propició la emisión y publicitación masiva de participaciones preferentes en el año 2009 en el mercado minorista, dada la apremiante necesidad de reforzar los recursos propios de algunas entidades financieras. Según señaló la CNMV, en su informe del año 2009: «Ante las dificultades de colocación de estos instrumentos en los mercados mayoristas, una parte sustancial de las emisiones de las entidades españolas se ha dirigido al mercado minorista, distribuyéndose a través de la red comercial de las propias entidades».

[37] La polémica tiene su origen en la colocación de participaciones preferentes entre «inversores minoristas», que es la terminología que emplea la vigente *Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores,* para referirse a quienes no son «inversores profesionales» (cfr. art. 78 bis LMV): es decir, para los ahorradores particulares, que deben ser considerados «consumidores y usuarios». Resulta muy reveladora la importante STS de 18 de abril de 2013 *(RJ* 3387) en relación con las cualidades subjetivas del inversor y el deber precontractual de informar [cita la sentencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán) de 22 de marzo de 2011, en el asunto con referencia XI ZR 33/10].

[38] Reveladoras resultan, en este sentido, las palabras del Presidente de la CNMV (1 de febrero de 2012), cuando afirmó que por algunas entidades de crédito se estaban comercializando indebidamente tales productos, haciendo creer a los inversores que equivalían a depósitos a plazo fijo. Estas palabras hacen que debamos plantearnos, precisamente, el papel del Banco de España y de la CNMV en relación con la comercialización de estos productos complejos.

[39] Como consecuencia de ello, la CNMV publicó lo siguiente en su informe de 2009: «Debido al desconocimiento de los inversores, puesto de manifiesto a través de las consultas, se publicó un folleto informativo sobre las participaciones preferentes, resaltando, especialmente, su carácter perpetuo, su liquidez limitada y la posibilidad de que su valor de mercado en un momento dado sea inferior al precio de adquisición».

[40] Paradigmática resulta la STS de 18 de abril de 2013 *(RJ* 3387), pues en ella se exige a la entidad que alerte al cliente de «la incoherencia existente entre el perfil de riesgo elegido (…) y los productos de inversión aceptados (…) y de este modo asegurarse que la información facilitada al cliente es clara y ha sido entendida».

[41] DE LA MAZA, a lo largo de toda la obra *Los límites…*, cit.

[42] Gozan también de interés, relacionados con estos preceptos, los artículos 1301 y 1302 de la *Propuesta de Modernización,* que resultan novedosos.

[43] Volveremos sobre el tema en el epígrafe destinado a los remedios frente a la vulneración de la *bona fides in contrahendo,* encuadrado dentro de la Parte II de este trabajo, que será publicado en un próximo número de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.*

[44] En los artículos II.-3:103, II.-3:104 y II.-3:105 DCFR se regula la información que ha de proporcionarse si se produce la conclusión del contrato con un consumidor en situación

de desventaja, en caso de comunicación inmediata y, finalmente, cuando se celebra a través de medios electrónicos.

[45] Vid. BASOZÁBAL (*op. cit.*, págs. 680 a 682), quien, por otra parte, manifiesta que las reglas y soluciones recogidas en el DCFR no resuelven todos los casos. Resulta muy interesante el comentario al artículo II.-3:109 DCFR efectuado por sus redactores, STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, editado por Christian VON BAR, Eric CLIVE, Hans SCHULTE-NÖLKE, Hugh BEALE, Johnny HERRE, Jérôme HUET, Matthias STORME, Stephen SWANN, Paul VARUL, Anna VENEZIANO, Fryderyk ZOLL, pág. 264: «This Article provides for several categories of remedies for breach of information duties stated in Book II, Chapter 3, Section 1. The first remedy, which is only available for violations of II.-3:103 (Duty to provide information when concluding a contract with a consumer who is at a particular disadvantage), is a delay in the commencement of the period for the exercise of an existing right to withdraw [paragraph (1)]. Secondly, the failure to fulfil any duty under this Section of this Chapter may also affect the substance of the obligations assumed under the contract and may result in the incorrect performance or non-performance of contractual obligations [paragraph (2)]. The third remedy, which also applies to all information duties in this Section, is a right to damages for loss caused by the failure to inform [paragraph (3)]. Finally, it is made clear by paragraph (4) that remedies for mistake are not affected. Under II.-7:201 (Mistake) paragraph (1)(b)(iii) a party may be able to avoid a contract for mistake if the other party caused the contract to be concluded in error by failing to comply with a pre-contractual information duty» (cfr., asimismo, artículo II.-7:204 DCFR). Posteriormente (*op. cit.*, pág. 265), aclara: «The remedies available for breach of pre-contractual information duties are partially found in other parts of contract law, related both to business-to-consumer relations as well as to other contractual relationships. In some situations an omission to give information can be misleading in a way that makes the general provisions on validity of contracts or on unfair contract terms applicable. Failure to comply with the duties in this Section may have consequences within existing validity rules, e.g. when establishing whether there has been legal intention, fraud, etc., although those consequences may not amount to remedies in the strict sense. In other situations the omission can lead to such a difference between the other party's expectations and the actual performance that remedies for non-performance of contractual obligations may be available. In particular, if the omission to provide information leads to a situation in which the other party concludes a contract misinformed about some relevant fact, this party in a contract of sale has the ordinary remedies for lack of conformity». Hemos de recordar que la disciplina del dolo, como vicio del consentimiento, se halla recogida en los artículos II.-7:205 y siguientes DCFR (especial interés tienen los artículos II.-7:212 a II.-7:216).

[46] Vid. BASOZÁBAL, *op. cit.*, págs. 674 a 679. Sobre la regulación del deber precontractual de información en los textos internacionales, vid. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (2013), «Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 738, julio-agosto, págs. 2299 a 2313.

[47] Este deber goza ya de plasmación legal en la *Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal* (en concreto, en sus arts. 2.3 y 13.1). Incluso, tal conducta podría tener relevancia penal, *ex* artículo 279 del Código Penal.

[48] Señala LARIOS (*op. cit.*, págs. 50 y 86) que no acaba de comprender cómo cabe determinar en qué medida se puede revelar o utilizar la información confidencial recibida por remisión al contenido del contrato celebrado.

[49] Los términos del artículo 412-1 de la Propuesta de Código Mercantil española son más genéricos que los de la *Propuesta de Modernización* de nuestro Código Civil.

[50] DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO (*op. cit.*, pág. 200) hablan de un resarcimiento integral, en el que se incluiría la restitución de enriquecimientos injustificados y daños adicionales no cubiertos por el interés negativo. Por su parte, LANDO y BEALE (*op. cit.*,

pág. 194) aclaran que el infractor de este deber habrá de afrontar tal restitución, asimismo, en los casos en los que la otra parte no sufrió ningún perjuicio.

[51] Artículo 6:104 Burgerlijk Wetboek: *«Indien iemand die op grond van onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis jegens een ander aansprakelijk is, door die daad of tekortkoming winst heeft genoten, kan de rechter op vordering van die ander de schade begroten op het bedrag van die winst of op een gedeelte daarvan»* (Si alguien, que es responsable frente a otra persona como consecuencia de un ilícito civil o de un defecto en el cumplimiento de una obligación, ha obtenido un beneficio debido a este ilícito civil o incumplimiento, el tribunal podrá, a solicitud del perjudicado, estimar el daño de acuerdo con el monto de este beneficio o una parte del mismo).

[52] Vid. la exposición brindada por ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, págs. 909 y 910.

[53] RG v. 7 de diciembre de 1911 (RGZ 78, 239: *Linoleumrollenfall*): «Antrag auf Vorlegung des Teppichs und Annahme des Antrags bezweckten die Hervorbringung eines Kaufs, also eines rechtsgeschäftlichen Erfolges. Dies war kein bloß tatsächlicher Vorgang, wie ihn etwa eine reine Gefälligkeitshandlung darstellen würde, sondern es entstand ein den Kauf vorbereitendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, das einen vertragsähnlichen Charakter trägt und insofern rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten erzeugt hat, als dem Verkäufer wie dem Kauflustigen die Pflicht erwuchs, bei der Vorlegung und der Besichtigung der Ware die gebotene Sorgfalt für die Gesundheit und das Eigentum des andern Teiles zu beobachten» (La solicitud de exhibición de la alfombra y la aceptación de dicha solicitud tenían el objetivo de originar una compra, es decir, un resultado negocial. Esto no fue ningún simple fenómeno fáctico, como lo constituiría un mero acto de cortesía, sino que surgió una relación jurídica preparatoria de la venta entre las partes, vestida con un carácter similar al contractual y que ha generado obligaciones negociales, como se originó el deber tanto para el vendedor como para los compradores, durante la exhibición y el examen de la mercancía, de observar la diligencia debida en relación con la salud y el patrimonio de la otra parte).

[54] § 241.2 BGB: *«Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten»* (Una relación obligatoria podrá también, en función de su contenido, obligar a cada parte a tomar en consideración los derechos, bienes jurídicos y los intereses de la otra parte).

[55] § 311.2 BGB: *«Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch 1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, 2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder 3. ähnliche geschäftliche Kontakte»* (Una relación obligatoria con deberes según el § 241.2 también surge por: 1. El comienzo de negociaciones contractuales. 2. La puesta en marcha de un contrato, donde una de las partes, a propósito de una potencial relación contractual, concede a la otra parte la posibilidad de afectar sus derechos, bienes jurídicos y otros intereses, o se los encomienda, o 3. Contactos negociales similares).

[56] Vid. PANTALEÓN, *Responsabilidad precontractual…,* cit., pág. 903; MANZANARES SECADES, A. (1984), «La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares», en *Anuario de Derecho Civil,* T. XXXVII, fasc. III, pág. 745. Por su parte, CARRASCO únicamente pone de relieve que la posible *culpa in contrahendo* derivada de la infracción de estos deberes de protección habrá de someterse al régimen de la responsabilidad extracontractual [CARRASCO PERERA, Á. (1989), «Comentario al artículo 1101», en M. ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* T. XV-1.º, Madrid, Edersa (recurso electrónico accesible en http://vlex.com/vid/228506)]. En la doctrina italiana, vid. la crítica realizada por BENATTI, F. (1963), *La responsabilità precontrattuale,* Milano, Giuffrè, págs. 79 a 84 (entre los deberes precontractuales no incluye los de protección). Para SCOGNAMIGLIO (*op. cit.*, pág. 207), de tales hechos lesivos solo puede derivarse responsabilidad aquiliana.

[57] Cfr., v.gr., SSTS de 30 de diciembre de 1992 *(RJ* 10559) y de 29 de febrero de 1996 *(RJ* 1612), en un caso muy similar al abordado en la antedicha decisión del *Reichsgericht*.

[58] Vid. Arenas García, R. (2008), «La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II», en *InDret*, 4/2008, octubre de 2008, disponible en http://www.indret.com/pdf/590_es.pdf, págs. 12 y 13.

[59] Faggella (1909), «Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali», en *Archivio Giuridico «Filippo Serafini»,* Terza Serie-Vol. XI, Roma, págs. 128 a 150.

[60] Cfr. artículo 2:301(1) PECL, artículo II.-3:301(1) DCFR, artículos 1.1 y 2.1.15(1) Principios UNIDROIT y artículo 6.1 Código de Pavía.

[61] Como advierte Scognamiglio (*op. cit.*, pág. 210), lo mismo ha de decirse si alguien conduce las negociaciones de tal forma que provoca el abandono de las mismas por la otra parte. Como afirma Sacco (*Trattato di Diritto Privato*, cit., págs. 357 a 359), «tale agione di responsabilità sussiste tutte le volte che si induce altri a condurre una trattativa su oggetto non realizzabile».

[62] En contra de nuestra aseveración, en la STS de 14 de diciembre de 2012 *(RJ* 2013/376) se señala: «…no se aprecia mala fe en la actuación de la demandada, único caso en que cabría considerar una posible responsabilidad por culpa *in contrahendo*».

[63] Vid. comentarios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), cit., págs. 62 y 63. Como consecuencia de la ya referida ausencia en el Derecho inglés de un deber general de conducirse conforme a la buena fe en las negociaciones, suele hacerse alusión, en contra de la concepción de los tratos preliminares acogida en los textos internacionales y proyectada en nuestro país, a la categórica argumentación de Lord Ackner, en el caso *Martin Walford v Charles Miles* [1992] ADR.L.R. 01/23: «The reason why an agreement to negotiate, like an agreement to agree, is unenforceable is simply because it lacks the necessary certainty. The same does not apply to an agreement to use best endeavours. This uncertainty is demonstrated in the instant case by the provision which it is said has to be implied in the agreement for the determination of the negotiations. How can a court be expected to decide whether, *subjectively*, a proper reason existed for the termination of negotiations? The answer suggested depends upon whether the negotiations have been determined "in good faith". However, the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. To advance that interest he must be entitled, if he thinks it appropriate, to threaten to withdraw from further negotiations or to withdraw in fact in the hope that the opposite party may seek to reopen the negotiations by offering him improved terms. Mr Naughton, of course, accepts that the agreement upon which he relies does not contain a duty to complete the negotiations. But that still leaves the vital question: how is a vendor ever to know that he is entitled to withdraw from further negotiations? How is the court to police such an "agreement"? A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party. It is here that the uncertainty lies. In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from these negotiations, at any time and for any reason. There can be thus no obligation to continue to negotiate until there is a "proper reason" to withdraw. Accordingly, a bare agreement to negotiate has no legal content».

[64] Por cuanto a las dudas surgidas en la exégesis de un contrato, en la STS de 8 de junio de 1972 *(ROJ* 2359) se señala que «entraría en juego lo preceptuado en el artículo 1289, que ordena resolverlas en favor de la mayor reciprocidad de intereses, sobre todo cuando se trata de la renuncia de determinados derechos por parte de alguno de los contratantes, que para ser válida debe acreditarse de manera explícita, clara y terminante (sentencias de 13 de marzo de 1950 y 4 de octubre de 1962), sin que pueda deducirse de expresiones o actos de equívoca significación». En cualquier caso, se trata de una materia de orden fáctico, cuya apreciación corresponde a los jueces de instancia, de tal manera que estos pueden llegar a considerar que la fijación de un plazo de vigencia de la propuesta contractual significa inequívocamente, en un caso en concreto, la dotación a la misma de carácter irrevocable. No obstante, en nuestra opinión, para llegar a un pronunciamiento de este tenor, habrá de operarse con gran cautela y rigor.

[65] Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en el que el oferente determina un plazo amplio de vigor de su propuesta (v.gr., un mes), pero la revoca el mismo día de su recepción y toma de conocimiento por su destinatario.

[66] NEVONI, R. (1992). «L'art. 1337 cod. civ. e il recesso unilaterale dalla trattativa (commento a Trib. di Cremona 6 giugno 1991)», en *Foro padano*, T. I, pág. 457.

[67] Vid., v.gr., STS de 14 de junio de 1999 *(RJ* 4105). No obstante, según CARRASCO, no aclara cuál es el estándar de «justificación» que ha de manejarse para considerar reprochable la ruptura, cuando se haya suscitado confianza tutelable en la otra parte: «el aplicador del Derecho queda sin elementos de juicio suficientes para construir una regla con alcance general» [CARRASCO (2005), «Cartas de intenciones, precontratos, responsabilidad in contrahendo y obligatoriedad de los tratos en la Jurisprudencia Española», en *Aranzadi Civil*, 21/2005, recurso electrónico BIB 2005/2648, accesible en www.westlawinsignis.es].

[68] CARRASCO, *Cartas de intenciones…,* cit.

[69] BENATTI, *La responsabilità precontrattuale,* cit., págs. 54 y 55; SACCO, *Trattato di Diritto Privato,* cit., págs. 357 a 359; MIRABELLI, *op. cit.*, pág. 115; ALBERICI, A. (1982), «Il dovere precontrattuale di buona fede», en *Rassegna di Diritto Civile*, pág. 1061. En contra de esta lectura, ASUA (*op. cit.*, pág. 221), cree que la opinión de ALBERICI «no es sino un circunloquio innecesario y que puede, además, contribuir a oscurecer los perfiles del supuesto que se estudia. Como ya se ha indicado, nadie está obligado a contratar y por ello ningún reproche que pueda hacerse a su conducta precontractual le podrá llevar a vincularse al contrato; sin embargo, y por otro lado, es un hecho que quien se considera perjudicado en un caso de interrupción de tratos se siente defraudado porque concretamente confiaba en que el contrato se llevaría a cabo, lo cual no obsta para que ello vaya acompañado de una más general confianza en la corrección y lealtad de la otra parte en la negociación».

[70] Vid., por todos, GALGANO, *op. cit.*, pág. 551.

[71] También se puede extraer esta misma idea de los comentarios del INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), cit., págs. 62 y 63: «… especialmente del grado de confiabilidad que una parte pueda obtener, como resultado de la conducta de la otra parte, de alcanzar un resultado positivo en las negociaciones…».

[72] STELLA RICHTER, *op. cit.*, pág. 29; GALGANO, *op. cit.*, pág. 551.

[73] De hecho, es una idea que se desprende de los comentarios del INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), cit., págs. 62 y 63: «En qué momento se llega al punto en que ya no es posible dar marcha atrás depende, por supuesto, de las circunstancias del caso, especialmente del grado de confiabilidad que una parte pueda obtener, como resultado de la conducta de la otra parte, de alcanzar un resultado positivo en las negociaciones, como así también depende de la cantidad de puntos relacionados con el futuro contrato sobre los cuales las partes ya han llegado a un acuerdo».

[74] En relación con esta materia, resulta interesante una decisión de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo, la STS de 9 de marzo de 1998 *(RJ* 2372), donde se concluye: «Los citados acuerdos, "con la eficacia de lo acordado en convenio", según la expresión del legislador, no hacen otra cosa que reproducir la obligación establecida en el artículo 89.1 del Estatuto de los Trabajadores [ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe]. Existe, de conformidad con dicho precepto, y lo imponen los acuerdos que nos ocupan, el deber de negociar, que ha de efectuarse bajo el principio de la buena fe, pero no se impone en el Estatuto ni se puede exigir en los acuerdos a los que se refieren las actuaciones, que se alcance un consenso de voluntades. Indudablemente en un proceso negociador, se van produciendo acuerdos en aspectos parciales de esa finalidad de alcanzar pactos que persiguen los interesados en la negociación, pero ese concierto en el consentimiento, salvo decisión expresa de los interesados carece de valor si no se logra el acuerdo global que desean los negociadores. (…) Finalmente hay que destacar que en ningún momento la empresa negó la existencia de dichos pactos, ni la validez previa de los mismos, condicionada como hemos visto al acuerdo global. Existe la obligación de negociar y respetar mientras los acuerdos que se fuesen alcanzando, en tanto en cuanto, no estén condicionados al acuerdo total. Estamos

ante un proceso en el que la voluntad de las partes no puede ser sustituida por decisión judicial…». Según CARRASCO *(Cartas de intenciones…,* cit.), esta es, sin duda, la sentencia más importante producida en el Derecho español sobre los tratos preliminares.

[75] MANZANARES, *op. cit.*, pág. 707.

[76] A juicio de PANTALEÓN *(Responsabilidad precontractual…,* cit., pág. 907), no procede ser muy rigurosos al valorar si la razón del abandono resulta justificada o plausible. Sin embargo, sí propugna que la apreciación en torno a la calificación de la confianza en la celebración del contrato como «legítima» se lleve a efecto con rigor.

[77] ASUA, *op. cit.*, pág. 224.

[78] PANTALEÓN, *Responsabilidad precontractual…,* cit., pág. 909.

[79] V.gr., en la STS de 15 de junio de 2009 *(RJ* 3394) se señala con rotundidad: «La aplicación de la responsabilidad por la concurrencia de tratos preliminares requiere la prueba de que el daño sufrido es una consecuencia de la mala actuación de la parte que lo ha provocado durante el desarrollo de estos tratos preliminares». Vid., asimismo, STS de 14 de junio de 1999 *(RJ* 4105): «La pretendida falta de diligencia en la participación de las novedades indicadas no es razón para obligar a la recurrente a resarcir unos gastos efectuados por el Ayuntamiento de Alagón por su cuenta y riesgo, y sin seguridad en la plasmación del proyecto, toda vez que la conducta de aquella dependía de la concesión de las subvenciones y su falta de otorgamiento podía eximirla de responsabilidad; sobre dicho particular, la sentencia de primera instancia, no desvirtuada en este espacio por los razonamientos de la de apelación, llega a la conclusión de que la adquisición de los terrenos para ubicar el matadero fueron adquiridos y el préstamo para dicha compra fue concertado antes del conocimiento definitivo del alcance de las ayudas oficiales, lo que presupone un ilógico apresuramiento en la actuación del ente local». En el caso juzgado en la SAP de Valladolid, de 9 de noviembre de 1998 *(AC* 8974), no hubo acuerdo definitivo, por haber exigido el acreedor un aval con carácter previo a pactar una permuta en la que se obligaría a entregar determinado suelo, y dicha garantía no fue finalmente ofrecida; a pesar de ello, la otra parte comenzó «los trámites necesarios para llevar a cabo la pretendida construcción de locales y viviendas, encargando el oportuno proyecto, anunciando su próxima construcción mediante el cartel (…) y gestionando incluso la venta de viviendas». En esta decisión no se otorga indemnización alguna por la ruptura de las negociaciones, al considerarla plenamente justificada, y se infiere que los gastos por las gestiones efectuadas por la parte actora habían de ser por ella afrontados.

(Trabajo recibido el 5-5-2014 y aceptado para su publicación el 16-6-2014)

DICTÁMENES Y NOTAS

La pensión compensatoria temporal frente a la pensión vitalicia

The temporal rent against life long rent

por
AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA*

RESUMEN: El tema y la correspondiente problemática jurídica que plantea la cuestión de la pensión compensatoria temporal frente a la tradicional pensión compensatoria vitalicia —o de larga duración—, es sin duda, uno de los más apasionantes de los que se pueden abordar en el ámbito del Derecho de Familia y, en concreto, en el marco de los procesos matrimoniales de separación y/o divorcio.

En la actualidad, es frecuente, tanto en los procesos de carácter consensuado, como en los contenciosos, incluir la cláusula, bien en convenio regulador, o en la demanda de separación o divorcio, de establecimiento y fijación de una pensión compensatoria temporal para uno de los cónyuges, es decir, la temporalización de la pensión compensatoria, frente a la tradicional fijación de una pensión vitalicia para uno de los cónyuges. La práctica forense enseña que, a veces, es abusivo el establecimiento de una pensión vitalicia, o de muchos años de duración, por lo cual la doctrina actual tiende a considerar que suele ser más equitativa la fijación de una pensión con carácter temporal, para evitar que uno de los cónyuges se enriquezca a costa del otro.

---

* Doctora en Derecho. Abogada especializada en Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, Responsabilidad Civil y Derechos Fundamentales de la Persona. Profesora de la Escuela de Práctica Jurídica de Jerez de la Frontera y del Máster de Acceso a la Abogacía de la Facultad de Derecho de Jerez de la Frontera.

ABSTRACT: The rent for life given to one of the consorts presents many problems actually and therewise the actual Family Law, in the ambit of matrimonial processes tenders to the concession of a temporal rent, and this clause is added in regulatory agreement, but also in claims, because it's abusive the firm of a life-long rent. Obviously, the firm of a temporal rent for one of the consorts is more equitable.

PALABRAS CLAVE: Pensión compensatoria. Pensión vitalicia.

KEY WORDS: Rent. Lifelong.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN AL TEMA.—II. LA PENSIÓN COMPENSATORIA TEMPORAL. LOS CRITERIOS PARA SU CONCESIÓN.—III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

La Ley 30/1981, de 7 de julio, se refirió a la pensión compensatoria en el artículo 97 del Código Civil, en el sentido de establecer que el cónyuge que sufriere un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio que se tradujere en un desequilibro económico en relación con la posición del otro cónyuge, tendría derecho a una pensión que sería fijada en la resolución judicial correspondiente, teniendo en cuenta una serie de circunstancias.

El citado precepto, pero esta vez en la redacción dada por la Ley 15/2005, en vigor desde el 10 de julio del citado año, estableció que «el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia».

Este precepto citado enumera una serie de circunstancias que habrán de ser tenidas en cuenta por el órgano judicial siempre que no exista, al respecto, acuerdo entre los cónyuges. Me interesa destacar, sin perjuicio de todo ello, que, hoy en día, el establecimiento de una pensión compensatoria con carácter temporal es muy frecuente y entro a analizar este tema seguidamente.

II. LA PENSIÓN COMPENSATORIA TEMPORAL: LOS CRITERIOS PARA SU CONCESIÓN

Como es bien sabido, la temporalidad de la pensión compensatoria no se encontraba contemplada en el artículo 97 de nuestro Código Civil de forma expresa. Sin embargo, hay que resaltar que este precepto tampoco prohibía que se otorgara una pensión compensatoria con carácter temporal, o por un tiempo más o menos definido. En cualquier caso, los Juzgados y Tribunales ofrecían respuestas contradictorias y antagónicas para supuestos sustancialmente idénticos, por lo que, dependiendo de un criterio o del otro, los ciudadanos afectados podían verse condenados a abonar una pensión compensatoria temporal, viéndose liberados de ese pago una vez transcurridos unos años fijados previamente por el órgano judicial, o bien verse atados, de por vida, al abono de una pensión con carácter indefinido.

No obstante, la polémica y el debate, a veces enconado, sobre la posibilidad de limitar temporalmente la pensión compensatoria finalizó con la carismática sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2005, que se pronunció a favor de la admisibilidad de la pensión compensatoria, al estimar que la problemática objeto de enjuiciamiento era la consecuencia de los avatares sufridos por esta figura, desde su introducción en el año 1981, y de la incidencia de diversos factores, sobre todo de carácter social y, singularmente, de la condición de la mujer en el matrimonio y en el acceso al mundo laboral, lo que ha dado lugar a un importante cambio de opinión en la doctrina científica y en la práctica forense, así como una notoria evolución de la doctrina jurisprudencial de las Audiencias, las cuales, en un principio, se mantuvieron fieles a la opinión claramente dominante de que la pensión debía ser vitalicia, pero, a partir de la década de 1990, comenzó a mostrarse favorable a la temporalización de la pensión, admitiéndola, unas veces, en circunstancias excepcionales, y otras con una mayor flexibilidad, hasta el punto que, en la actualidad, tal corriente favorable a la temporalización de la pensión es claramente mayoritaria.

En la actualidad, con la redacción dada al artículo 97 del Código Civil en el año 2005, y que ha sido transcrita al principio, hay que entender que la pensión compensatoria tiene una función o finalidad de reequilibrio, respondiendo a un presupuesto básico, cual es el efectivo desequilibrio económico que puede producirse con motivo, o traer su causa, de la separación o el divorcio en uno de los cónyuges, lo que conlleva o implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio.

El presupuesto esencial, en consecuencia, estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada cónyuge, antes y tras la ruptura. Es decir; hay que comparar la situación que existía constante matrimonio con la existente después de la crisis conyugal.

Según Carmen LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ[1], no hay que probar la existencia de necesidad, ya que el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser, sin embargo, acreedor de la pensión, aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo. Lo que hay que probar, por el contrario, es que se ha sufrido un empeoramiento económico en su situación en relación con la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge. Tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no se puede pretender alcanzar paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios. El tema —y la problemática consiguiente— se centra y se concreta en la determinación de si la fijación de una pensión compensatoria temporal está, o no, prohibida por la normativa legal y si tal posibilidad, según las circunstancias del caso, puede cumplir la función reequilibradora, actuando como mecanismo corrector del desequilibrio económico generado entre los cónyuges como consecuencia inmediata de la separación o el divorcio, que, en definitiva, constituye la *conditio iuris* determinante del nacimiento del derecho a la pensión.

Las Audiencias Provinciales no han mantenido una postura doctrinal uniforme ni homogénea en relación con este controvertido tema. Carismática, no obstante, fue la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 5 de octubre de 1998 (La Ley, 1998, 10528), que afirmó que existía una línea jurisprudencial que señalaba que la pensión se configura como un derecho relativo, condicional y, sobre todo, limitado en el tiempo, por cuanto su legítima finalidad no es otra que paliar el desequilibrio económico producido a uno de los cónyuges por la crisis del matrimonio, colocándole en una posición de potencial igualdad de oportunidades a la que habría tenido de no haber mediado el anterior vínculo matrimonial, no pudiéndose admitir, con carácter general e indiscriminado, la concepción de dicha pensión como una especie de pensión vitalicia, a virtud del cual el beneficiario tendría un derecho de tal naturaleza frente al otro. En el mismo sentido se pronunciaron otras resoluciones judiciales, tales como la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 10 de enero de 1995, y la dictada por la Audiencia de Zaragoza, de 27 de julio de 1998 (La Ley, 1999, 2871).

Es oportuno analizar las razones que se han esgrimido a favor de la temporalización de la pensión compensatoria, que sistematizo seguidamente:

1.ª Si bien la Ley no establece expresamente la posibilidad de temporalización, sí es verdad que no aparece expresamente prohibida, por lo que, a mi juicio, cuando la norma civil no distingue, tampoco el intérprete ha de distinguir.

2.ª El derecho a la pensión compensatoria es limitado en el tiempo. No ha de nacer, desde mi punto de vista, con una vocación indefinida en el tiempo, a modo de una renta vitalicia.

3.ª No es un derecho absoluto ni vitalicio, sino, por el contrario, relativo y limitado.
4.ª No es una póliza de seguro vitalicia, sino que debe estar limitada en el tiempo, salvo casos excepcionales.
5.ª No es una renta vitalicia.
6.ª El propio Código Civil prevé la extinción de la pensión compensatoria en su artículo 101, por lo que, teóricamente cabe la posibilidad de que sea el propio órgano judicial el que fije, en la sentencia, la duración de la pensión, en cuánto tiempo en el que el desequilibrio ha de permanecer.
7.ª La temporalidad es uno de los condicionantes que pueden establecerse al otorgarse la pensión.
8.ª Ningún obstáculo ha de ponerse a la delimitación temporal de la pensión, teniendo siempre en cuenta las circunstancias que concurran en cada caso.
9.ª La actualización es una forma de previsión de futuro sobre la situación patrimonial de los cónyuges, realizando un juicio de probabilidades, según el cual el acreedor se incorporará, dentro de un plazo determinado, al mercado laboral.
10.ª No es ilegítima la coacción judicial a través de la limitación temporal para que el beneficiario se sitúe en posición de ganarse la vida por sí mismo, sino que ello es una aplicación de los principios de los artículos 14 —igualdad— y 35, de la Constitución, estableciendo este último no solo el derecho, sino el deber de trabajar.
11.ª La temporalización está conforme con la naturaleza de la institución y con el principio de buena fe que debe presidir el ejercicio de los derechos, con arreglo al artículo 7.1 del Código Civil.
12.ª La limitación temporal se corresponde con una interpretación conforme a la realidad del tiempo actual, en función del artículo 3.1 de nuestro Código Civil.

Sintetizando todas estas razones expuestas, lo primero que salta a la vista es que la concesión de pensiones compensatorias, con carácter indefinido, puede provocar, en muchos casos, la degradación de la propia institución matrimonial. En este sentido, se ha expresado, con agudeza[2], que, cuando los jueces conceden pensiones sustanciosas con carácter indefinido, y en el marco de una unión que no ha sido excesivamente prolongada, lo que están es recompensando y fomentando, aun sin pretenderlo, enlaces que, en el fondo, solo están guiados por la codicia de uno de los cónyuges.

Según VALLADARES RASCÓN[3], con la pensión no se debe establecer un derecho adquirido a mantener la posición económica que se obtuvo, con el matrimonio, a costa del otro cónyuge, dado que ello se traduciría en una cuasijubilación a

temprana edad, al tener resuelto su problema económico con carácter permanente el cónyuge que recibe la pensión.

Más expresivas aún resultan las palabras de Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO[4], al afirmar que aquellas personas que actúan guiadas por este interés, confunden el matrimonio con la suscripción de una póliza de seguros vitalicia. Para Laura CABEZUELO ARENAS[5], el riesgo de que el matrimonio fracase y la pensión llegue a exigirse sería más que probable, sería manifiesto. En otras palabras, el matrimonio se contraería con la única finalidad de exigir la pensión en un futuro, por lo que, en definitiva, se trataría de vínculos conyugales destinados, desde el momento de su misma constitución, a ser disueltos.

RAGEL SÁNCHEZ, por su parte[6], puntualizaba, afirmando que la pensión compensatoria pretende dispensar protección al cónyuge más necesitado tras la ruptura, pero no para mantener un nivel de vida, sino para ayudarle a afrontar esta por sí mismo, con lo que el recorte o el sacrificio que pueda tener el deudor de la pensión solo resultará exigible en la medida en que el mantenimiento de la misma se revele necesario, pero no en aquellos casos en los que se mantenga artificialmente esa dependencia.

La realidad es que el matrimonio no ha de constituir una profesión remunerada indefinida, como algún sector jurisprudencial, en nuestro país, ha puesto, con expresividad, de relieve. Efectivamente, algunos autores, como DE LA CÁMARA[7], pusieron de manifiesto que había que cuestionar la virtualidad del principio de solidaridad postconyugal, introduciendo el concepto de «poligamia económica», para describir la situación que se crea cuando, tras varios fracasos matrimoniales, una persona —por lo general, el hombre— puede verse obligada a mantener a quienes fueron sus cónyuges, simultaneando, en consecuencia, el pago de dos o más pensiones.

Es evidente que hay muchas razones, y poderosas, para defender la temporalización de la pensión compensatoria, pero, de entre ellas, hay una que me parece muy contundente: se trata de evitar que muchas personas que arruinaron —desde el punto de vista tanto económico como afectivo— las vidas de sus cónyuges hayan de ser recompensadas con una pensión que puede perpetuarse mientras vivan.

Llegados a este punto, habría que preguntarse cuáles son las circunstancias que pueden, en su caso, determinar que se instaure pensiones compensatorias con una duración limitada en el tiempo. Por el estudio de los artículos 100 y 101 de nuestro Código Civil observamos que una modificación de las concretas circunstancias concurrentes al momento de su concesión o reconocimiento puede determinar su modificación o supresión, por lo que estaríamos ante un tipo de pensión compensatoria de carácter condicional, además de relativo y circunstancial por cuanto va a depender de la situación personal, familiar, laboral y social del beneficiario. En todo caso, la pensión compensatoria será temporal en cuanto a su duración, ya que su legítima finalidad no será otra que paliar

el desequilibrio económico producido a uno de los cónyuges por la crisis del matrimonio (separación o divorcio), colocándole en una situación de potencial igualdad de oportunidades a la que habría tenido de no haber mediado el anterior vínculo matrimonial, no pudiéndose admitir, con carácter general e indiscriminado, la concepción de dicha pensión como una especie de pensión vitalicia, a cuya virtud el beneficiario tendría un derecho de tal naturaleza frente al otro.

El artículo 101 de nuestro Código Civil dispone que el derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó. En primer lugar, habría que comentar que no es afortunada la redacción de esta parte del precepto civil, ya que debería decir que la pensión —el derecho a esta— se extingue por la cesación de la causa que la motivó. Precisamente puede ser este el motivo que se esgrima con más fuerza y contundencia a la hora de interpretar que la pensión compensatoria debe tener un carácter de temporalidad y no ser indefinida en el tiempo, ya que dicha cesación de la causa que la motivó debe ir referida no a la desaparición del desequilibrio, sino cuando este puede dejar de ser atribuido al matrimonio y a su ruptura, tal como expresaba Julia RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN[8], de tal modo que tan solo cuando exista la posibilidad de prever cuándo se dará aquella desconexión, puede, en cambio, en función de esta, establecerse una duración temporal para la pensión, de igual modo que en los casos en que tal previsión no pueda llevarse a cabo, la limitación temporal no sería procedente.

La doctrina jurisprudencial actual ha elaborado una teoría en función de la cual la temporalización de la pensión compensatoria procede en función de unas circunstancias que pueden sintetizarse de la siguiente manera: es preciso que constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad —o 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 no prohíbe la temporalización, se adecua a la realidad social y puede cumplir la función reequilibradora siempre que se den determinadas circunstancias. En consecuencia, debe admitirse su posibilidad, aunque es preciso hacer referencia a las pautas generales que permiten su aplicación.

Los factores a tomar en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una pensión compensatoria son numerosos y de imposible enumeración. Entre los más destacados, cabe citar la edad, la duración efectiva de la convivencia conyugal, la dedicación al hogar y a los hijos; cuántos de estos 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; posibilidades de reciclaje o reinserción al anterior trabajo, es decir, al que se abandonó por el matrimonio; preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etc. Es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio

económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente. Y se requiere que sea posible la previsión *ex ante* de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión, en definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado «futurismo» o «adivinación». El plazo estará en consonancia con la previsión de superación de 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.

La limitación temporal de la pensión compensatoria viene, además, avalada por otros motivos de indudable peso. Así, se ha expresado, con razón, que la temporalización tiene presente la dignidad de la persona del acreedor, tal como han puesto de relieve Manuel García Mancebo y Natalia Llerandi González[9], y los derechos de los demás, y que no sería equitativo el mantenimiento indefinido, *sine die,* del derecho a la pensión[10]. En este sentido, ha de considerarse, y valorarse en sus justos términos, la restricción que puede representar para el derecho del deudor a rehacer su vida. El carácter ilimitado en el tiempo constituye una carga, insoportable en muchos casos, para el deudor, y un beneficio o enriquecimiento injusto para el acreedor, que debe conseguir un *status* económico autónomo.

También habría que tener en cuenta cuál es la finalidad de la temporalización, que no es otra sino colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades, en especial, las laborales y las de tipo económico, a la que había tenido de no haber mediado el anterior vínculo conyugal, como ya quedó expuesto anteriormente, y teniendo la temporalización de la pensión la finalidad, entre otras, de dar cumplimiento a la obligación que el artículo 35 de nuestra Constitución impone —el deber de trabajar—, en armonía con los principios elementales de autoestima y valoración de la propia dignidad, según Hijas[11].

Es evidente que, cuando la vida en común ha desaparecido, sea por la razón que sea, los que, en su día, fueron cónyuges, y forjaron una comunidad de vida que ya no existe, deberían intentar, al menos, procurarse unos medios de vida dignos, autónomos y suficientes para la subsistencia, en el ámbito de sus propias y personales circunstancias y con los medios a su alcance disponibles, porque, de lo contrario, el hecho de haber contraído matrimonio y que este haya tenido una duración más o menos larga, lo que hace es servir de pretexto para una determinación —y previsión— automática y *sine die* del derecho a la pensión compensatoria. No me cabe duda que, en algunas ocasiones, uno de los cónyuges tiende a aprovechar esta situación para obtener unos ingresos —procedentes del otro cónyuge— extraordinarios. Si a ello se añade que esos

ingresos puedan llegar a constituir una renta vitalicia, ya tenemos el marco propicio para los abusos, que es, precisamente, lo que la temporalización de la pensión intenta evitar o, cuanto menos, paliar en la medida de lo posible.

También hay que tomar en consideración que una pensión ilimitada en el tiempo puede fomentar, en el acreedor a la misma, el hecho de abstenerse de buscar un puesto laboral, incluso contando con la posibilidad de hacerlo. Pensemos en el supuesto de un cónyuge que está en posesión de un título académico que le posibilita acceder a la docencia, pero que se abstenga de intentar dicho acceso al mercado laboral al habérsele concedido derecho intemporal a la pensión compensatoria. Aquí, como fácilmente puede observarse, estaríamos en el ámbito del abuso del derecho, pues, en este caso, lo que se pretendería sería la persistencia en la percepción de la pensión.

Un sector doctrinal representado por García Mancebo y Llerandi González[12], ponían de manifiesto que, en el dilema entre pensión vitalicia reducida, o temporal de mayor entidad, es favorable siempre a ambas partes —acreedor y deudor— la segunda de las fórmulas, pues el acreedor dispone de una suma mayor cuando realmente lo necesita, y el deudor se ve exonerado de la obligación económica en un determinado momento, pudiendo rehacer su situación personal y patrimonial con mejor acomodo.

Para muchas resoluciones judiciales, la temporalización de la pensión compensatoria es excepcional, siendo procedente solo cuando se dan causas que lo justifiquen, es decir, cuando existan expectativas laborales o de obtención de ingresos, claras y terminantes, lo que dependerá de la cualificación profesional y de la posibilidad real del ejercicio de una profesión, que concurren cuando sea posible atisbar, con cierta seguridad, que en determinado plazo habrá una mejora económica y laboral, y, en caso contrario, limitarla entrañaría el riesgo de provocar y hacer renacer el desequilibrio económico pasado ese plazo.

Parece oportuno entrar a considerar ahora las diversas teorías que se han elaborado en relación con la naturaleza de la pensión, barajando, en síntesis las dos tesis que se han defendido en relación con este tema: 1.ª TESIS COMPENSATORIA: esta tesis parte de la negación del carácter estrictamente alimenticio de la pensión y la potenciación del papel que esta desempeña en orden al mantenimiento de un nivel de vida o status que, con anterioridad, se disfrutaba en el matrimonio.

La función «compensatoria» de la pensión dotará a esta de la denominación por la que es comúnmente conocida. En este sentido, la misión de la pensión será, en este sentido, correctora de las consecuencias negativas que la ruptura ha podido producir a uno de los cónyuges, al haberse traducido esa escisión en un descenso en dicho nivel, comparada su actual situación con la del otro y con la que ambos disfrutaban constante la convivencia conyugal.

Las tesis compensatorias suponen la perpetuación de un status y presentan el peligro de incentivar uniones que solo se hallen movidas por la codicia y el

engaño. Como ha expresado Ana Laura CABEZUELO ARENAS[13], se trata de luchar contra la concepción del matrimonio como medio de vida. La pensión no debe ser un instrumento para mantener un status que no se ha contribuido a generar y cuya pérdida, en puridad, no ha representado perjuicio alguno que deba ser resarcido, por lo que, en consecuencia, solo se habrá de compensar cuando haya un daño indemnizable. Obligar a un cónyuge a mantener al otro en un nivel al que ha accedido artificialmente, de forma efímera —pensemos en aquellos supuestos, muy frecuentes, en la actualidad, en que la comunidad conyugal dura muy pocos años—, y en cuya gestación no contribuyó, sería desvirtuar el significado de la pensión. La complementariedad de las tesis compensatoria e indemnizatoria —que entro a analizar seguidamente— evita que haya de recaer sobre uno de los cónyuges dicha obligación, y que las uniones matrimoniales estén guiadas por el interés material de la parte económicamente más débil.

2.ª TESIS COMPENSATORIA: se trata, en realidad, de una tesis que constituye una variante o matización de la calificación de indemnizatoria. Su denominación deriva del precepto jurídico —art. 97 del CC— al referirse al desequilibrio económico. El Diccionario de la Real Academia definía la compensación: «compensar es dar una cosa en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado».

La diferencia entre indemnizar y compensar reside únicamente en la extensión de la reparación. «Indemnizar» pretende dejar indemne al sujeto pasivo, e «indemne» significa «libre» o «exento de daño». En la indemnización, el objetivo es neutralizar la totalidad del daño causado, con identidad, en la medida de lo posible, entre el perjuicio y su reparación. En cambio, compensar tiene un significado, desde el punto de vista aritmético, menos igualatorio, si bien su origen semántico es el mismo. Para Eusebio APARICIO AUÑÓN[14], históricamente se han seguido diversos criterios de imputación de la obligación de compensar:

1.º Imponer la obligación de compensar al causante físico del daño, o cambio peyorativo.
2.º Imponer la obligación al culpable del daño (responsabilidad por culpa).
3.º Imponer la obligación a quien se benefició del perjuicio ajeno, pero solo hasta donde se benefició (enriquecimiento injusto).
4.º Imponer la obligación a quien se benefició del riesgo (responsabilidad por riesgo); y
5.º Imponer la obligación, por motivos de equidad, a quien estando unido con el perjudicado por vínculos familiares o consorciales no ha sufrido daño o ha resultado menos perjudicado como consecuencia de un cambio fortuito (compensación propiamente dicha).

Son diferencias radicales entre compensación e indemnización así como la irrelevancia de la culpabilidad. La obligación legal compensatoria tiene por

finalidad corregir desigualdades fortuitas. Se impone por razón de equidad y su cuantía depende de circunstancias personales de acreedor y deudor. El propósito no es resarcir o reparar daños, ni igualar rentas o patrimonios, sino equilibrar el agravio comparativo de las situaciones que se comparan sin que dejen de ser desiguales.

Siguiendo esta línea orientativa, la obligación compensatoria es definida como una obligación impuesta directamente por la Ley, por motivos de equidad, para equilibrar en todo o en parte una desigualdad económica peyorativa producida de forma fortuita entre personas unidas por vínculos consorciales, contraídos de forma voluntaria o incidentalmente.

Si analizo estas características, se observa que la obligación compensatoria nace directamente de la Ley y no se impone en base a criterios culpabilísticos. Esta última característica puede ser denominada como de irrelevancia de la culpabilidad, distinguiendo radicalmente la compensación de la indemnización. Asimismo, hay que resaltar que la obligación legal compensatoria tiene por finalidad corregir desigualdades fortuitas, dándose entre personas obligadas a correr la misma suerte —por lo que a nuestro tema respecta, los cónyuges—, y se impone por razones de equidad, dependiendo su cuantía de circunstancias personales de acreedor y deudor.

Hechas estas consideraciones sobre la doctrina que ha elaborado nuestra Jurisprudencia en relación con la pensión compensatoria, cabría entrar ahora a considerar los razonamientos en contra de la temporalización de esta. Sintéticamente, se puede afirmar que los razonamientos en contra de la pensión compensatoria con carácter temporal son los siguientes:

1.º Las modificaciones que se establezcan en la pensión habrán de ser por alteraciones sustanciales sobrevenidas en la fortuna de uno y otro cónyuge, pero efectivamente sobrevenidas, nunca adivinadas.
2.º La Ley no autoriza en ningún precepto una restricción temporal, ni caben otras causas de extinción que las establecidas en el artículo 101 del Código Civil.
3.º Nada se opone a que la pensión compensatoria pueda ser vitalicia y esta posibilidad se desprende de las normas contenidas en el Código Civil.
4.º El precepto civil que previene que la pensión solo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de los cónyuges contiene una expresa prohibición de limitarla temporalmente, al establecer, de forma expresa, que es este el único medio de alteración y determinar el artículo 101 cuáles son las causas de extinción, por lo que habría que entender que la pensión solo se puede modificar o extinguir mediante otro procedimiento que así lo declare.
5.º La ratio de los artículos 97, 99, 100 y 101 del Código Civil no era la de dar un carácter temporal a la pensión compensatoria.

6.º No es posible para un Tribunal determinar *a priori* el momento de extinción por encontrar el deudor un empleo; y
7.º Salvo excepciones en que pueda dilucidarse, de forma cierta y determinada, el tiempo de persistencia del desequilibrio, no puede juzgarse apriorísticamente el periodo de vigencia del derecho.

Desde mi punto de vista, los razonamientos en contra de la pensión compensatoria temporal —o temporalización de la pensión compensatoria— provienen de criterios que, al margen del interés que pudiera tener de cara a la práctica, han quedado ciertamente obsoletos. Hoy en día, creo que nadie pone en duda que el matrimonio no es un contrato vitalicio. Si lo fuera, no podría disolverse por divorcio y los cónyuges quedarían, de por vida, atados e inmersos en una comunidad de vida que se ha vuelto insostenible. Si el matrimonio puede disolverse, si es un contrato que está sujeto a determinados avatares vitales, ¿por qué se va a instaurar una pensión compensatoria con carácter vitalicio? Evidentemente, no parece que sea esta la postura más correcta. Lo ético, incluso, es admitir que la pensión compensatoria, en algún momento, ha de tener un fin, un punto y final, porque, de lo contrario, podríamos asistir al espectáculo de muchas parejas que deciden contraer matrimonio en función de la conservación posterior —tras la separación o el divorcio— de un determinado estatus económico. En este sentido, me interesa destacar una interesante —y ya lejana— sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santander, de 28 de noviembre de 1990, que, de una forma radical y contundente, defendió el carácter temporal de la pensión compensatoria como única fórmula válida de alcanzar la finalidad última perseguida por tal institución. Esta interesante resolución judicial declaró que el establecimiento de la pensión con carácter vitalicio constituía una concepción humillante, incompatible con la dignidad de los cónyuges, lo que obligaba a desterrar semejantes planteamientos propios de una sociedad ya periclitada e incompatible con el orden constitucional de valores, obligando, por el contrario, a establecer una bien distinta concepción de la pensión compensatoria como un derecho relativo, condicional y circunstancial y, sobre todo, limitado en el tiempo, salvo, lógicamente, casos excepcionales. Ha de ser un derecho relativo y circunstancial, por cuanto ha de depender de la situación personal, familiar, laboral y social del que pretende ser beneficiario y de quien deba, en su caso, asumir tal carga. Y será un derecho condicional, por cuanto una modificación de las concretas circunstancias en que la pensión fue concedida podrá determinar su modificación e incluso su supresión —a modo de una cláusula *rebus sic stantitbus*—. Además, será un derecho limitado temporalmente, ya que su finalidad no será otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura matrimonial en una potencial situación de igualdad inicialmente perdida.

Como ha apuntado, con razón, CAMPUZANO TOMÉ[15], los motivos fundamentales que han llevado a los Juzgados y Tribunales españoles a limitar, de antema-

no, temporalmente la pensión compensatoria vienen dadas por las dificultades prácticas con las que el esposo deudor de la pensión se encuentra a la hora de probar que, efectivamente, el desequilibrio económico que, inicialmente, había sufrido el otro consorte persiste aún. Es posible que se den situaciones en las que al juez no le quepa duda ninguna de que, transcurrido el tiempo señalado, el cónyuge acreedor haya podido readaptarse y recuperarse tanto desde el punto de vista social como económico. Sin embargo, también hay que reconocer que, en la actualidad, con la crisis económica existente, no es lo más frecuente esa recuperación, por lo que lo normal será que sea difícilmente plausible, en muchas ocasiones, fijar un plazo de recuperación económica.

En este sentido, es oportuno resaltar que determinadas resoluciones judiciales pueden resultar injustas, o dar lugar a situaciones de dudosa ética, especialmente cuando, transcurrido el tiempo fijado en la sentencia, existieran datos suficientes que probaran, con fehaciencia, que el esposo acreedor no ha podido restablecer su posición económica. De ahí que algunos autores, como la citada anteriormente, CAMPUZANO TOMÉ, estime recomendable el 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, o, en otras palabras, 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.

La principal ventaja de este sistema propuesto no es otra que la de imponer al cónyuge acreedor de la pensión la obligación de contraer estímulos que le lleven a restablecer su posición, impidiendo así que, cómodo en su situación, no busque la cesación del desequilibrio económico con el consiguiente perjuicio para el deudor de la pensión. Correspondería al cónyuge deudor probar que ha cesado el desequilibrio económico en la posición del cónyuge acreedor, con las dificultades que ello conlleva. Correspondería al esposo acreedor demostrar que ha intentado la recuperación y readaptación de su posición, impulsándole y obligándole a «moverse» para conseguir restablecer su posición.

Como ha quedado apuntado con anterioridad, en la actualidad, en virtud del artículo 97 de nuestro Código Civil, la pensión puede ser temporal o por tiempo indefinido, o incluso consistir en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. Faltando el acuerdo de los cónyuges, el juez, en sentencia, ha de determinar su importe, teniendo en cuenta unas circunstancias determinadas, que son las siguientes:

1.ª Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges: esta circunstancia, pese a estar enunciada en el Código Civil en primer lugar, no tiene un carácter preferencial. Los acuerdos a los que los cónyuges hubieren

llegado solo han de suponer para el órgano judicial un dato importante en cuanto constituyen la expresión de la voluntad de los esposos, pero sin que la decisión judicial haya de quedar vinculada en modo alguno a dichos acuerdos.

2.ª La edad y el estado de salud: esta circunstancia ha de ser contemplada desde la perspectiva de los dos esposos.
3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
4.ª La dedicación pasada y futura a la familia.
5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.
8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge, y
9.ª Cualquier otra circunstancia relevante.

La sentencia del Tribunal Supremo, ya citada anteriormente, de 10 de febrero de 2005, temporalizó la pensión compensatoria en función de una serie de circunstancias:

1.ª La fecha de celebración del matrimonio (17 de enero de 1986).
2.ª La separación conyugal (acordada el 15 de febrero de 1999).
3.ª La edad de la esposa (cuarenta años).
4.ª Existencia de un único hijo de diez años, bajo la custodia de la madre.
5.ª Dedicación de la mujer al cuidado del esposo, hijo y hogar conyugal.
6.ª Situación de gran invalidez del marido, con necesidad de una tercera persona para auxiliarle en las múltiples actividades cotidianas, aunque tiene un importante patrimonio (más de 100 millones de pesetas).
7.ª Capacitación profesional de la esposa y posibilidad de obtener una ocupación remunerada después de un periodo de reciclaje de conocimientos para recuperar los varios años de alejamiento de su actividad profesional.

Tomando en base todas estas circunstancias, se determinó que la pensión compensatoria tendría una vigencia de cinco años.

Otras sentencias limitan la duración de la pensión compensatoria indefinida ya fijada previamente en sentencia de separación de mutuo acuerdo, y la instauran en cinco años, teniendo en cuenta y valorando las siguientes circunstancias:

1.ª La edad de la beneficiaria de la pensión compensatoria.
2.ª La duración del matrimonio.
3.ª La cualificación profesional; y

4.ª El traslado de la beneficiaria a vivir a otra ciudad junto a su madre, donde residió de soltera, contando, en consecuencia, con un mayor apoyo familiar y laboral.

Estas circunstancias citadas fueron valoradas por la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2005, que tuvo en consideración la edad de la beneficiaria —treinta y seis años—, y la duración del matrimonio —siete años—, además de las otras circunstancias apuntadas.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 2005, limitó la vigencia de la pensión compensatoria al plazo de dos años, teniendo en cuenta una serie de factores:

1.º La edad de la beneficiaria de la pensión, treinta y siete años.
2.º La cualificación profesional de la citada beneficiaria, que era Diplomada en Técnicas de Comunicación.
3.º La duración del matrimonio, tres años; y
4.º Las medidas patrimoniales que habían sido acordadas en sentencia de separación y que, tal como expresaba la sentencia del Tribunal Supremo, otorgaban a la esposa una situación preeminente.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2008, también limitó la duración de la pensión compensatoria, esta vez a un plazo de vigencia de cinco años desde la sentencia de separación, teniendo en cuenta los siguientes factores:

1.º Corta duración del matrimonio. Efectivamente, la celebración del matrimonio había tenido lugar el 5 de septiembre de 1997, y la demanda de separación fue el 25 de marzo de 2003.
2.º Desempeño ininterrumpido de la actividad laboral por parte de la esposa, sin que el matrimonio fuera obstáculo para ello.
3.º La edad de la esposa —cincuenta y cinco años—, siete años más joven que su esposo.
4.º Su acreditada capacitación laboral.
5.º Su antigüedad en el empleo, ya que desde 1989 desempeñaba su labor en el empresa de su exmarido; y
6.º Disponibilidad para el trabajo, al carecer de hijos menores a su cuidado.

Esta sentencia estimó que la lógica y la experiencia permitían apreciar, con un alto grado de probabilidad, que un plazo de cinco años resultaba bastante para compensar a la esposa por el desequilibrio sufrido, más allá del cual el percibo de pensión carecería de justificación.

Y, por fin, la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de octubre de 2008, limitó el derecho de la esposa a percibir la pensión compensatoria en la cuantía que le fue reconocida a un periodo de siete años desde la fecha de la sentencia

de separación, es decir, desde el 17 de diciembre de 2002, teniendo en cuenta los siguientes factores:

1.º La juventud de la esposa —veintinueve años—.
2.º La buena salud que se le supone con arreglo a su edad.
3.º La previa, aunque corta, experiencia laboral de la que dispone.
4.º Su propia actitud personal, claramente favorable a procurarse lo antes posible un empleo que asegure la independencia económica de la que carecía, de lo que se tiene constancia documental, y por sus propias manifestaciones en el escrito de oposición al recurso de apelación; y
5.º Ausencia de descendencia.

Esta sentencia citada admitió la posibilidad de que sobrevinieran circunstancias diferentes a las en su día tenidas en cuenta a la hora de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal, es decir, un alteración sustancial de las circunstancias, y cuya corrección habría de tener lugar por el procedimiento de modificación de la medida adoptada.

III. CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto, parece oportuno resaltar que tanto la doctrina española cuanto la propia Jurisprudencia en nuestro país han superado, en la actualidad, la idea, inicial, de concesión de pensión compensatoria con carácter vitalicio. Es evidente, y resulta a todas luces claro, que el matrimonio, en cuanto contrato, puede ser disuelto por medio de divorcio y, si esto es así, no se entiende por qué las pensiones compensatorias, en cambio, hayan de tener una duración vitalicia. Si el matrimonio se puede romper, obviamente la existencia, en exclusividad, de una pensión de por vida, es inadmisible, salvo que circunstancias muy excepcionales vengan a justificar su existencia. En ausencia de circunstancias realmente excepcionales, no se entiende que la pensión compensatoria se transforme en un a modo de «seguro vitalicio» para uno de los cónyuges.

Estoy a favor de la concesión de pensiones compensatorias de duración limitada en el tiempo, porque estimo que es lo más justo y ético. No obstante, lo más adecuado, a mi juicio, desde el punto de vista jurídico, sería que se establecieran pensiones compensatorias temporales, pero siempre supeditadas o condicionadas a la posibilidad de modificación de las mismas. Es decir, convendría establecer una cláusula *rebus sic stantibus,* al objeto de que el establecimiento de pensiones compensatorias temporales no repercuta en situaciones de injusticia manifiesta para los beneficiarios de las mismas.

BIBLIOGRAFÍA

APARICIO AUÑÓN, Eusebio (1999): «La pensión compensatoria», en *Revista de Derecho de Familia,* núm. 5.

CABEZUELO ARENAS (2002): *La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código Civil. Estudio jurisprudencial y doctrinal,* Editorial Aranzadi, Navarra.

CAMPUZANO TOMÉ, Herminia (1986): *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento,* Bosch, Barcelona.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel (1985): «En torno a la llamada pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil», en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero,* Madrid.

GARCÍA MANCEBO, Manuel y LLERANDI GONZÁLEZ, Natalia (1995): *La pensión compensatoria entre cónyuges: Su limitación temporal. Estudio de Jurisprudencia,* Servicio de Publicaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo.

HIJAS FERNÁNDEZ, E. (1999): *Derecho de Familia. Doctrina sistematizada de la Audiencia de Madrid,* Valladolid, Editorial Lex Nova.

LÓPEZ RENDÓ RODRÍGUEZ, C. (2010): «Análisis de la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con la temporalidad de la pensión compensatoria», en *El Derecho de Familia. Novedades en dos perspectivas,* Ediciones Dykinson, Madrid.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T: (1.997): *La temporalidad de la pensión compensatoria*, Valencia, Ediciones Tirant lo Blanch.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2001): *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Familia,* Madrid, Ediciones Dykinson.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. (1995): *La concesión temporal de pensión por desequilibrio,* Navarra, Aranzadi Civil.

NOTAS

[1] LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, Carmen, «Análisis de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación a la temporalidad de la pensión compensatoria», en *El Derecho de Familia. Novedades en dos perspectivas,* Ediciones Dykinson, Madrid, 2010.

[2] Algunos letrados de la Asociación Española de Abogados de Familia mantienen esta tesis.

[3] VALLADARES RASCÓN, Etelvina, *Nulidad, separación y divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio,* Editorial Civitas, Madrid, 1982.

[4] MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa, *La temporalidad de la pensión compensatoria,* Ediciones Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

[5] CABEZUELO ARENAS, Laura, *La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código Civil. Estudio jurisprudencial y doctrinal,* Editorial Aranzadi, Navarra, 2002.

[6] RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Familia,* Ediciones Dykinson, Madrid, 2001.

[7] DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, «En torno a la llamada pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil», en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero,* Madrid, 1985.

[8] RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia, «La concesión temporal de pensión por desequilibrio», en *Aranzadi Civil,* Tomo 1, pág. 119.

[9] García Mancebo, Manuel y Llerandi González, Natalia, «La pensión compensatoria entre cónyuges: Su limitación temporal. Estudio de Jurisprudencia», en *Cuadernos de Jurisprudencia, Servicio de Publicaciones,* Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, julio de 1995.

[10] Tesis que mantengo.

[11] Hijas Fernández, Eduardo, *Derecho de Familia, doctrina sistematizada de la Audiencia de Madrid,* Editorial Lex Nova, Valladolid, 1999.

[12] García Mancebo, Manuel y Llerandi González, Natalia, *La pensión compensatoria entre cónyuges…,* artículo citado en nota 9.

[13] Cabezuelo Arenas, Laura, «La limitación temporal de la pensión compensatoria…», *ob. cit.,* en nota 5.

[14] Aparicio Auñón, Eusebio, «La pensión compensatoria», en *Revista de Derecho de Familia,* núm. 5, octubre de 1999.

[15] Campuzano Tomé, Herminia, *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento,* Librería Bosch, Barcelona, 1986.

(Trabajo recibido el 27-7-2013 y aceptado para su publicación el 16-9-2013)

DERECHO COMPARADO

El menor de edad desamparado en el Derecho español y francés (referencia al modelo francés tras la reforma por Ley de 5 de marzo de 2007, *portant réforme de la protection de l'enfance.* Propuestas de cambio)

The abandoned minor in the Spanish and French law (Reference to the French model after the reform by Act of 5 March 2007, portant réforme de protection de l'Enfance. Proposals for change)

por

MARÍA DOLORES CASAS PLANES
Profesora de Derecho Civil. Contratado Doctor
Universidad de Jaén

RESUMEN: El objeto de este trabajo es el estudio y crítica del régimen jurídico de la «tutela automática o *ex lege* de la Administración» como insti-

tución jurídica de protección del menor desamparado en el Derecho español; y su comparativa con el modelo francés de protección, sobre todo a raíz de la promulgación de la Ley de 5 de marzo de 2007 *portant réforme de la protection de l'enfance*.

A tenor del análisis anterior concluyo con unas propuestas de cambio (en orden a respetar el equilibrio entre dos principios de protección constitucional e internacional: que la familia es la primera responsable de la guarda del menor, y complementando a este, que el interés superior del menor exige, a veces, la separación de este de su familia, y su protección especial por el Estado): Por un lado que, ante la falta, aún, de deseables estándares normativos de delimitación de los supuestos de riesgo de los de desamparo, se deberían elaborar instrumentos de escalas para discriminar ambas situaciones, por las graves consecuencias que conlleva su valoración errónea (entre otras, el supuesto problemático de la declaración judicial de nulidad de una declaración administrativa de desamparo por arbitrariedad, en relación causal, en algunas ocasiones, con el daño irreparable a sus padres). Y, por otro, propongo que el legislador español tenga en cuenta las causas culpables o no del incumplimiento de los deberes paterno-filiales en orden a que se adopte por la Administración, o bien la tutela automática, o bien solo la guarda asistencial del menor, respectivamente, tal como lo tienen en cuenta el Derecho italiano y la normativa catalana; al igual que cierta propuesta alternativa inspirada en el Derecho francés.

ABSTRACT: The object of this work is the study and critique of the juridical regime of the «Automatic guardianship or ex-lege of the Administration» as juridical institution of protection of the minor abandoned in the Spanish Law; and its comparison with the French model of protection, especially as a result of the enactment of the Law of 5 March 2007, portant réforme de protection de l'enfance.

According to the above analysis, I conclude with some proposals for change (in order to respect the balance between two principles, of international and constitutional protection: that the family is the main responsible for the custody of the child, and complementing this that, the best interests of the child requires, at times, the separation from his family, and its special protection by the State): On one hand that, because of the lack, still, of desirable normative standards of delimitation of the suppositions of risk and those of abandonment, some instruments of scales to discriminate both situations should be developed, due to the serious consequences resulting from its erroneous assessment (for instance, the problematic of the judicial declaration of nullity of an administrative declaration of abandonment due to arbitrariness, in causal relationship, in some occasions, to the irreparable damage to parents). And likewise, I propose that the Spanish legislator should bear in mind the guilty reasons or not of the breach of the paternal duties in order to adopt the automatic or ex lege guardianship of the

Administration, or only the custody of the child, as the Italian Law and catalan legislation regulate; as well as some alternative proposal inspired by French law.

PALABRAS CLAVE: Menor de edad. Deberes paterno-filiales. Desamparo. Riesgo. Guardador de hecho. Suspensión de la patria potestad. Medidas de asistencia educativa. Delegación de la autoridad parental.

KEY WORDS: Minor. Paternal responsibility. Abandonment. Risk. Guardian of fact. Suspension of parental authority. Measures of educational assistance. Delegation of parental authority.

SUMARIO: I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y DE (TODO) MENOR DESAMPARADO. REFERENCIA A LOS MENAS.—II. IDEA PREVIA: DISTINCIÓN DE SUPUESTOS.—III. LA SITUACIÓN DE DESAMPARO DEL MENOR,Y LA ASUNCIÓN DE LA TUTELA *EX LEGE* POR LA ADMINISTRACIÓN: 1. El concepto de desamparo y sus consecuencias jurídicas. Apunte crítico sobre el contenido de la tutela. 2. Proceso de declaración de desamparo: reformas introducidas por la Ley de Adopción Internacional de 2007.—IV. APUNTE JURISPRUDENCIAL: 1. Ideas rectoras. 2. El desamparo y sus consecuencias jurídicas. Alusión a la posible acción de responsabilidad civil del hijo frente a los padres por daños derivados del incumplimiento de los deberes paterno-filiales.—V. REFERENCIA AL MODELO FRANCÉS Y AMERICANO DE PROTECCIÓN DEL MENOR EN DESAMPARO: 1. La protección del menor desamparado. Novedades de la Loi núm. 2007-293, du 5 mars 2007: A) *En especial,* «les "mesures d'assistance éducative"». B) *La* «délégation» *y la* «retrait» de l'autorité parentale. 2. Apunte al modelo americano de protección de menores: *The Fostering Connections for Success and Increasing Adoptions Act* de 2008.—VI. PROPUESTAS DE CAMBIO: 1. Importancia de la «creación de escalas de detección de menores en riesgo». 2. Relevancia de las causas imputables o no, por negligencia, a los padres en el incumplimiento de los deberes paterno-filiales: A) *Referencia a otras normativas: Ley italiana de 8 de mayo de 1983, Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo,* de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, *y criterios alternativos de la Ley de 5 de marzo de 2007.* B) *A modo de conclusión: crítica al sistema objetivo del desamparo. La posibilidad de la guarda automática de la Administración y otras soluciones alternativas*.—VII. CONCLUSIONES.

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y DE (TODO) MENOR DESAMPARADO. REFERENCIA A LOS MENAS[1]

El sistema vigente de protección jurídica del menor en España radica en la atribución legal a las entidades públicas competentes de la tutela de los menores en desamparo, *ex* artículos 12 y 18 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor* (LOPJM), y artículos 172.1 y 222.4 del Código Civil (CC), a la que se vincula, aunque de modo no necesario, el acogimiento en sus distintas modalidades y la adopción. Por este cauce, el desamparo se constituye en la figura central del sistema público de protección de menores y el que lo justifica[2], extramuros del debate que existe sobre la naturaleza jurídica, pública o privada, de esta institución jurídica y, por ende, del régimen jurídico y garantías que lo regulan[3].

En esta materia hay dos premisas pacíficas de las que hay que partir: una de ellas, la que predica que la *familia es la primera y directamente responsable de la guarda del menor,* de su crianza y formación (mandato del art. 39 de la Constitución Española; art. 24.1 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,* de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España en 1977; y arts. 5, 9.1 y 18 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 —CDN—); y complementando a esta, que el niño, cuyo superior interés exige que no permanezca en el medio familiar, tendrá *derecho a la protección y asistencia especiales del Estado* (art. 20.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989).

Es más, debe tenerse en cuenta que en nuestro Ordenamiento los poderes públicos tienen encomendado brindar asistencia y protección a todos los menores que se encuentren en territorio español, con independencia de su origen, nacionalidad o cualquier otra circunstancia (arts. 2.1 CDN; 9.6 CC; y 1 y 3 LOPJM); debiendo, en consecuencia, ser protegidos los menores extranjeros en situación de desamparo o dificultad social, y, en su caso, ser tutelados por las Administraciones competentes, con independencia de que tengan o no su residencia legal.

No obstante, en la práctica, según el Informe SOS Racismo 2012, diferentes países de la Unión Europea realizan retornos de menores inmigrantes indocumentados sin garantías[4]. Y respecto a España matiza que, a pesar de que el nuevo Reglamento español de la Ley de Extranjería 4/2000 (RD 557/2011, de 20 de abril) mejore las garantías jurídicas y procedimentales de la repatriación, resulta criticable que la Administración española continúe poniendo su interés en la repatriación de los menores cuando, según datos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado, esta es testimonial, compleja en su ejecución y en muchas ocasiones se frustra por la escasa colaboración de los consulados[5]. Por otra parte, según se denuncia respecto al tema polémico de la determinación

de la edad del menor no documentado (INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO, 2011, pág. 170), se sigue otorgando prevalencia al criterio forense frente al documental (existiendo gran inseguridad jurídica ante la ausencia de criterios comunes en las diversas Administraciones), además de la falta de la asistencia letrada en la realización de dichas pruebas, comprometiendo, de tal modo, el derecho del menor de edad a ser oído con todas sus garantías[6].

Por tanto, y no pudiendo indagar en este tema que desbordaría la temática del trabajo, se puede decir que los menores extranjeros no acompañados dentro de la Unión Europea han tenido un protagonismo creciente, cuya plasmación en el campo de las propuestas normativas se ha traducido en los últimos tiempos en el *Programa de Estocolmo y el Plan de acción sobre los menores no acompañados* (2010-2014) —COM 2010/213 de 6-5-2010— (respetando el interés supremo del menor de estar con su familia y su entorno social y cultural, siempre que el menor tenga un entorno seguro y estable al regresar). Pero por otra parte, muchas de las medidas que contempla este Plan están alejadas de la realidad al ser prácticamente imposible aunar criterios en una materia en la que prevalece la legislación de cada Estado. La Unión Europea parece seguir considerando a los menores como una cuestión de flujos sin atender a la condición de los menores y las garantías y protección jurídica que les viene dada desde la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño[7].

Por otra parte, y volviendo a la relación de complementariedad respecto a los principios expuestos, protección de la familia y del menor de edad, un estudio sobre esta temática galardonado como trabajo de estudio e investigación sobre las Administraciones Públicas (De Palma del Teso, 2006, pág. 18) reconoce que:

«(…) *vivimos en una sociedad compleja que evoluciona y se transforma con gran rapidez y nuestras instituciones no siempre brindan respuestas adecuadas para hacer frente a las nuevas realidades. La actuación de las Administraciones Públicas, dirigida a la protección de los menores, es compleja y costosa. Pero es esencial que los poderes públicos garanticen a todos los menores los derechos que nuestro Ordenamiento les reconoce y el pleno desarrollo de su personalidad. Las Administraciones Públicas han de poner un celo especial para que las acciones desarrolladas en este ámbito no se aparten de ningún modo de los principios de legalidad, eficacia y eficiencia, y por supuesto, de los principios que rigen la actuación administrativa en esta materia, comenzando por el principio del interés superior del menor* (…)»[8].

En definitiva, cualquier medida de protección de menores deberá tomarse con suma cautela y respeto a la familia que, recordemos, se encuentra protegida constitucionalmente y supone el límite de los poderes públicos en estas actuaciones.

Sin embargo, nos encontramos con casos en los que la Administración ha ejercitado su potestad de modo arbitrario o con abuso, provocando un daño irreparable en los padres de dicho menor declarado en desamparo. Ante esta situación, se puede decir que el único remedio que nos ofrece el Derecho administrativo, caracterizado por ser portador de un equilibrio entre privilegios de la Administración y garantías de los particulares, es que los padres ejerciten una acción de responsabilidad patrimonial de la Administración *ex* artículo 139 y sigs. LRJ-PAC 1992[9]; cuestión a la que se aludirá, pero no será objeto de análisis en el trabajo.

Al hilo de todo lo expuesto, este estudio comienza abordando, en relación con el concepto y las consecuencias jurídicas del desamparo en el Derecho español, ciertos aspectos controvertidos, desde el punto de vista sustantivo, como es el debate acerca de la exclusión del contenido de la tutela administrativa de la función de administrar el patrimonio del menor; así como ciertos aspectos mejorables, desde el punto de vista procesal, del proceso de declaración de desamparo tras la reformas introducidas por la Ley de Adopción Internacional de 2007.

Al mismo le sigue un análisis comparativo de la regulación jurídica de la protección del menor en riesgo o en desamparo en el Derecho francés, sobre todo, a raíz de la reforma del *Code* civil francés por Ley de 5 de marzo de 2007, *portant réforme de la protection de l'enfance;* haciendo, por último, un apunte a la también reciente Ley americana sobre la materia, que ha supuesto, según la doctrina, la reforma más significativa en treinta años sobre el sistema de protección del menor vulnerable, *The Fostering Connections for Success and Increasing Adoptions Act* de 2008. Finalmente, y sobre la base de la investigación anterior, concluiré con algunas propuestas de cambio en la materia, partiendo de la importancia de la «creación de escalas de detección de menores en riesgo» que ayuden a discriminar dichas situaciones de las de desamparo; como de la relevancia de las causas imputables o no por negligencia a los padres del incumplimiento de los deberes paterno-filiales, en orden a la medida en concreto que deba ser adoptada por el sistema judicial o administrativo acerca de la custodia, ejercicio o titularidad de la patria potestad.

II. IDEA PREVIA. DISTINCIÓN DE SUPUESTOS

El legislador estatal en la LPJM emplea el término amplio de situación de desprotección social del menor para referirse a todas aquellas situaciones que perjudiquen su desarrollo personal o social, pero no todas las situaciones de desprotección social tienen la misma gravedad.

Por ello el legislador introduce la distinción entre: *situación de riesgo,* que es aquella de cualquier índole que perjudique el desarrollo personal o social

del menor, sin que requiera la asunción de la tutela por ministerio de la ley (art. 17), y *situación de desamparo* que aparece definida en el artículo 172.1 del Código Civil (CC) como la que se produce de hecho, a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material (art. 18). En ambos casos la Administración competente tiene la obligación de actuar. No obstante, solo la situación más grave, la de desamparo, dará lugar a la asunción de la tutela por ministerio de la Ley.

En el caso de existencia de una situación de riesgo, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar, en todo caso, los derechos que asisten al menor y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra, y a promover los factores de protección del menor y su familia. Para tal fin deberá realizarse un seguimiento de la evolución del menor en la familia[10]. En otras palabras, un menor se encuentra en una situación de riesgo cuando existe un posible perjuicio para él, pero no posee la magnitud suficiente para separarlo del núcleo familiar, es decir, para no considerarlo desamparo. Sería, por decirlo de algún modo, el paso anterior o previo a la declaración de desamparo, en el sentido de que existe una situación de riesgo, y si no se eliminan las circunstancias que han originado la misma, puede desembocarse en la mencionada declaración.

En consecuencia, el concepto legal de desamparo de un menor de edad, que va a conllevar la suspensión de la patria potestad así como la retirada de la custodia del menor, supone la base fundamental sobre la que se construye todo nuestro sistema jurídico de protección de menores. De ahí, tal y como se ha dicho en la introducción, la importancia de delimitar, teniendo para ello como criterio rector el principio básico del mayor interés del menor, los supuestos que constituyen «desamparo» de aquellos otros calificados por el legislador español de «situación de riesgo» sobre la base del principio de «subsidiariedad progresiva de la actuación administrativa».

Esta tarea, sin embargo, es muy delicada dado los altos costes que conlleva una decisión desacertada, pues o se sacrifican las relaciones afectivas del menor, o la de los padres biológicos, o las de la familia de acogida[11]; y, sobre todo, nada sencilla, por un lado, porque los límites entre ambas figuras son difusos al depender la existencia del desamparo de la valoración de una situación familiar en la que influyen muchos factores (entorno social, personal, económico, etc.), y por otro, porque los Tribunales españoles carecen de estándares normativos o, más bien, de protocolos en el que queden etiquetados los distintos niveles de riesgo y gravedad, y prevean la influencia de factores como la posibilidad de cambio o recuperabilidad de los progenitores; la culpa o no del incumplimiento de los deberes paterno-filiales; apoyo del entorno, etc.

III. LA SITUACIÓN DE DESAMPARO DEL MENOR, Y LA ASUNCIÓN DE LA TUTELA *EX LEGE* POR LA ADMINISTRACIÓN

1. El concepto de desamparo y sus consecuencias jurídicas. Apunte crítico sobre el contenido de la tutela

El artículo 172.1 del Código Civil define la circunstancia determinante de la tutela administrativa, estableciendo: *«Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».*

Es cierto que, mientras el Código Civil adolece de la falta de una enumeración de causas tasadas sobre qué debe considerarse desamparo, ciertas legislaciones autonómicas han elaborado listados de supuestos en los que aquel procedería. No obstante, hay que precisar que dichas causas (ausencia de escolarización, malos tratos, drogadicción habitual, alcoholismo, etc.) no han de interpretarse en el sentido de que impliquen en sí mismas el desamparo, sino que lo que los Tribunales han de constatar es que las mismas son la/s razón/es que, en el caso concreto, han conllevado que el menor quede desasistido material y/o moralmente, que es el supuesto de hecho previsto normativamente en orden a su apreciación. Por ello, la resolución administrativa procede incluso en los casos de desamparo material o moral que no obedecieran a culpa alguna del titular de la patria potestad o de la tutela, por ejemplo, enfermedad de los padres[12].

En la doctrina española hay unanimidad, en cualquier caso, en torno a las tres notas definitorias del desamparo: *a)* el incumplimiento (grave) de los deberes de protección encomendados a los padres, guardadores o tutores del menor (en concreto, los deberes de protección para la guarda del menor, esto es, los relativos a la esfera personal del menor). Los Tribunales españoles han señalado al respecto que debe tratarse de una situación fáctica o de hecho, es decir, que se dé en el plano real y que, como ya se ha apuntado, sea o no querida por los padres[13]; *b)* privación de la necesaria asistencia moral o material del menor de (gravedad elevada); *c)* y la existencia de un nexo causal entre el incumplimiento de los deberes y la privación de la asistencia.

Expuesto el supuesto de hecho, la consecuencia jurídica en estos casos, bien conocida por todos, consiste en que la ley permite que, sin intervención judicial, la entidad pública que en el respectivo territorio esté encargada de la protección de menores asuma de forma automática la tutela de ese menor, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal; estando, por tanto, ante una tutela por ministerio de la Ley, frente a la regla general del Derecho español de la tutela de constitución judicial (arts. 172.1 CC y 239 CC, y 12.1 LOPJM).

A mayor abundamiento, la declaración administrativa de desamparo implica, por un lado, la suspensión del ejercicio de la patria potestad de los padres (pero no su privación, la cual solo puede llevarse a cabo a través de una resolución judicial); y por otro, que la entidad pública asuma, tanto la representación del menor de edad, como su guarda o custodia. Por ello, en el plazo de 48 horas la entidad de protección debe notificar a los padres dicha suspensión, y siempre que fuera posible, se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la solución adoptada. Si bien, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.

Por otra parte, es preciso recordar que a pesar de que el desamparo no conlleva de por sí la privación de la titularidad de la patria potestad, en ciertas ocasiones, caracterizadas por una voluntad de incumplimiento reiterado y grave de los deberes paternos, el desamparo puede ir acompañado de un proceso judicial de privación de la patria potestad, tanto en causa criminal, en causa matrimonial de separación, nulidad o divorcio aunque sea criticable en este proceso, como por sentencia dictada en juicio de menor cuantía —STS de 3 de mayo de 2001 (Iustel 308585)—. Asimismo, y en relación con las consecuencias del desamparo, no podemos olvidar que los padres conservan ciertas obligaciones (deber de velar y prestar alimentos *ex* art. 110 CC), y ciertos derechos, como el de relacionarse con sus hijos menores aunque no ejerzan la *patria potestas* y en previsión de una futura reunificación familiar, a excepción de que el menor haya sido adoptado por otro, o de la existencia de resolución judicial que excluya dicho derecho (art. 160 CC)[14].

En atención a la regulación jurídica expuesta, quería dar paso a apuntar dos temas que suscitan controversia y creo de interés:

(i) En primer lugar, como hemos indicado en la introducción, existe un debate sobre el contenido de la tutela administrativa y la cuestión de la administración de los bienes del menor tutelado. Tal y como apunta alguna voz doctrinal (De Palma del Teso, 2006, pág. 330), si la tutela administrativa constituye una función administrativa de carácter asistencial o personal (según ha declarado el propio legislador, los Tribunales y la Administración), el contenido de la misma solo abarcaría el contenido personal, no debiendo la Administración, en términos generales, ser responsable de administrar el patrimonio del menor declarado en desamparo. De tal modo que los propios padres o tutor ordinario, a pesar de la suspensión de la patria potestad o tutela civil, podrán gestionar el patrimonio del menor en beneficio de este, y en su caso, podrá promoverse ante el juez el nombramiento de un administrador patrimonial si así se considera conveniente para el interés del menor[15].

Por ello, en la actualidad, el artículo 172.1 *in fine,* tras su reforma por la Disposición Adicional 5.ª de la LOPJM, establece: *«La asunción de la tutela*

atribuida por la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria»; y añade, *«no obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él».* En este sentido, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001, *sobre incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles,* al hacer referencia al procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, afirma que *«la declaración de la tutela automática produce tan solo la suspensión del ejercicio de las facultades de naturaleza personal (no patrimoniales) inherentes a la patria potestad o tutela»*[16].

En este sentido y apoyando dicho criterio, se pronuncian algunas resoluciones judiciales al afirmar que, la legitimación de la acción pública solo se justifica cuando resulta indispensable para evitar graves repercusiones en la *esfera personal* de los menores, esto es, la guarda, educación y formación integral de la persona del menor. Pues la indebida administración de los bienes del menor que ponga en peligro el patrimonio de este encuentra su previsión legal en el artículo 167 del Código Civil, que regula la adopción por el juez, a petición del hijo, Ministerio Fiscal y cualquier pariente, de cualquier providencia que estime necesaria, como exigir caución o fianza para la continuación de la administración, o incluso el nombramiento de un administrador [vid. SSP de Cádiz, de 19 de mayo de 2001 *(JUR* 2001/303272), o de Sevilla, de 23 de noviembre de 1999 *(AC* 19998672)].

No obstante, habría que matizar que el sentir expuesto hasta ahora es contradicho por el tenor de la mayoría de la normativa autonómica sobre la materia[17], así como por el hecho de que aceptar la misma implicaría que se debilitara la distinción entre la institución jurídica del desamparo y la de la guarda asistencial a la que se aludirá más adelante. Incluso, nos encontramos con sentencias que explícitamente afirman que se atribuye a la Administración autonómica «*el deber de velar por los intereses económicos del menor bajo la supervisión del Ministerio Fiscal y, en su caso, aprobación judicial* (…)*»* (vid., por todas, la SAP de Badajoz, de 21 de abril de 2003 —*JUR* 2003/131304—).

(ii) La segunda cuestión se glosa en torno a si el desamparo puede declararse, no solo por una resolución administrativa, sino también por una resolución judicial. Entiendo que, dado que en el supuesto en el que la entidad pública no considere conveniente intervenir por entender que no existe desamparo, este puede declararse por un juez si contempla la existencia de la situación de hecho que lo provoca. En estos casos, el juez podrá, bien nombrarle un tutor (por ejemplo, una persona allegada al menor), bien decretar la tutela automática o la guarda de la entidad pública, lo que podrá hacerse a instancia del Ministerio Fiscal o de cualquier persona con interés legítimo. En otras palabras, el hecho de que la *Administración* tenga la facultad y el deber de asumir la tutela y de promover la declaración de desamparo *no significa que le corresponda tal facultad con un*

carácter exclusivo y excluyente, sino que podrá ser asumida la tutela y guarda del menor desamparado, en su propio beneficio, por la persona idónea para ello, lo que daría origen a una guarda provisional del menor desamparado por parte del ente público, hasta que se le provea de un régimen idóneo de tutela judicial, que representaría la consolidación jurídica de una situación fáctica, que se estima como óptima para el menor.

Esta posibilidad se fundamenta en el párrafo segundo del artículo 239 del Código Civil, que abre la posibilidad de nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela de este con mayor beneficio para él, y de las circunstancias del caso concreto no se prevea la posibilidad del retorno a la familia. En este sentido se manifiesta la SAP de Zaragoza, de 30 de enero de 2002, al reconocer la situación de desamparo respecto a la madre, constituyendo la tutela judicial y nombrando tutora a la guardadora de hecho del menor[18].

Ahora bien, un último tema polémico en conexión con la idea anterior es si el menor cuidado por un guardador o allegado, sin tener poder para ello a causa del incumplimiento de los deberes paterno-filiales de sus padres, es un supuesto subsumible en el desamparo o por el contrario, debería tener otra respuesta legal más acorde con el interés del menor. Al respecto, aunque la opinión doctrinal es divergente[19], la jurisprudencia parece ser unánime en considerar que la guarda de hecho evita que podamos declarar el desamparo[20]. Este criterio, en definitiva, es el que ha sido respaldado por la Circular 8/2011, de 16 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, *sobre criterios para la unidad de actuación,* especialmente del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores.

2. Proceso de declaración de desamparo: reformas introducidas por la Ley de Adopción Internacional de 2007

Una vez expuesta la regulación sustantiva, y respecto al procedimiento a seguir por la entidad administrativa para la declaración del desamparo y la consiguiente constitución de tutela, de acuerdo con las previsiones generales contenidas en la LO 1/1996, es el que se expone brevemente a continuación:

a) La iniciación del procedimiento puede ser de oficio o a instancia de parte. Así, de un lado, las autoridades y servicios públicos tienen la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor y de actuar si corresponde a su ámbito de competencias, dando traslado, en otro caso, al órgano que sea competente (art. 14 LO 1/1996). De otro lado, toda persona o autoridad y especialmente quienes por su profesión o función detecten una situación de posible desamparo de un menor, lo

comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise (art. 13.1 LO 1/1996). Además, el propio menor puede solicitar la protección de la Entidad pública competente [art. 10.2.*a)* LO 1/1996]. La actuación administrativa debe efectuarse con la debida reserva, evitando toda interferencia innecesaria en la vida del menor (art. 13.3 LO 1/1996), procurando siempre la colaboración de la familia y del menor (art. 15 LO 1/1996)[21].

b) Iniciado el procedimiento y durante el mismo, la entidad administrativa deberá realizar toda actividad que estime conveniente para verificar la situación denunciada cuando el procedimiento no se inicie de oficio. Durante este procedimiento deberá oírse necesariamente al menor, al influir la decisión resultante del procedimiento a su esfera personal, familiar o social, y ello sin la limitación establecida en el Código Civil, relativa a la obligatoria audiencia a los menores una vez superados los doce años (SAP de Valencia, de 30 de abril de 2002 —*JUR* 2002/185690—). Naturalmente habrá de tenerse en cuenta el desarrollo evolutivo del menor, permitiéndole, si tiene juicio bastante, que declare por sí mismo o a través de la persona por él designada (art. 9.1 LO 1/1996 y art. 30 Ley 30/92 LRJ-PAC, que reconoce capacidad de obrar al menor de edad ante las Administraciones Públicas para el ejercicio y defensa de sus derechos cuya actuación esté permitida por el Ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela). En otras palabras, la necesaria audiencia del menor —«escucha del menor con lo que requiere de intercambio de impresiones y argumentos, debatir con el menor»— es expresión del obligado respeto a su personalidad, y cuya falta conduce a la nulidad del procedimiento (SAP de Valencia, de 12 de febrero de 1996 —*AC* 1996/375—)[22].

También deberán ser oídos los padres y guardadores y demás personas interesadas, como pueden ser aquellos que convivan con el menor. A todos los interesados se les permitirá hacer alegaciones y proponer pruebas para la defensa de sus derechos. Al respecto, es interesante poner de manifiesto cómo el interés familiar, *ex* artículo 39 CE, exige que «la documentación del caso esté a disposición de los padres afectados, incluso aunque ellos no la hayan solicitado» [STEDH de 14 de enero de 2003, asunto K. A contra Finlandia, Ap. 105 *(JUR* 2003/50027)][23]. En relación a lo expuesto, una crítica que se prodiga por parte de la doctrina es la falta de previsión legal estatal a la asistencia jurídica en el procedimiento administrativo de desamparo, el cual debería ser reconocida en todo caso a los menores y sus representantes legales —padres o tutores— cuando se tramita un procedimiento de desamparo y asunción de la tutela por la Administración[24]. De tal modo que es

loable el tenor del artículo 24 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, *del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa (Junta de Andalucía),* al disponer que, en el momento de notificar a padres, tutores y guardadores el inicio del procedimiento de desamparo, la Administración pública «*les informará acerca de la posibilidad de intervenir por medio de representante, y sobre los requisitos y trámites a cumplir para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, a fin de que puedan actuar durante el procedimiento asistidos de letrado en defensa de sus intereses. Si los interesados manifestasen su intención de solicitar la asistencia jurídica gratuita, el plazo de alegaciones se suspenderá durante diez días hábiles*».

Al respecto, también el legislador francés ha previsto la obligatoriedad de que el juez competente informe a las partes desde el principio del proceso acerca de medidas educativas, delegación de la autoridad parental o privación, de su derecho a que le represente un abogado o demandar al juez que les asigne uno de oficio (art. 1186 *Code Procedure Civil*); a pesar de lo cual la experiencia dicta que no es muy común su presencia, al contrario que en otros procesos en los que el menor es víctima de un proceso penal, o en supuestos de divorcio, nulidad o separación de los progenitores[25].

c) Por último y después de todos estos trámites, la entidad administrativa debe dictar resolución escrita en la que efectuará la declaración de desamparo con la consiguiente asunción de tutela, y la adopción de las oportunas medidas de protección por el tiempo imprescindible para lograr los fines perseguidos por la intervención pública.

La resolución será motivada y se indicarán las causas que provocaron la apertura del expediente, las actuaciones que se llevaron a cabo y las medidas que se adopten. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que el artículo 8 del Convenio Europeo, en el que se reconoce el derecho a la vida familiar, «*exige que las autoridades y tribunales que tomen decisiones proporcionen razones detalladas como para permitir a los padres o tutores participar en las siguientes tomas de decisiones, recurriendo sus decisiones de manera adecuada*» (STEDH de 14 de enero de 2003, asunto K.A. contra Finlandia, Ap. 104 —*JUR* 2003/50027—).

Además, deberán expresarse los recursos procedentes que caben contra la resolución administrativa. La resolución adoptada deberá ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal y ser notificada a padres, tutores o guardadores en el plazo de 48 horas, debiendo informarse a estos últimos de forma presencial, si ello fuera posible, de las causas que dieron lugar a la intervención y los posibles efectos de la decisión. Esto mismo se hará con el menor, si tuviera suficiente juicio para ello.

Tal y como se ha expuesto anteriormente, la resolución administrativa conlleva la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria, asumiendo desde ese momento la tutela la propia entidad administrativa. Dado que la resolución es un acto administrativo y, por tanto, ejecutivo de forma inmediata, el proceso iniciado por los interesados en contra del mismo, no suspende la ejecución del acto. Incumbe, en consecuencia, a los afectados por la resolución administrativa la carga de impugnarla *a posteriori* ante los órganos jurisdiccionales civiles, sin que ello suponga obstáculo alguno a la ejecutividad del acto, venciendo la resistencia que pudieran oponer los padres o guardadores en orden a impedir la medida de protección acordada e, incluso, pudiendo intervenir de inmediato si hubiera peligro para la vida o integridad del menor.

Por otra parte, hay que destacar que, a tenor de parte de la doctrina, la citada Ley de Adopción Internacional de 2007 ha supuesto un avance al dotar de mayor estabilidad a estas decisiones administrativas y, por tanto, introducir una mejora en las expectativas de permanencia de las decisiones de protección y la posibilidad de conducir todas ellas hacia la estabilidad que suponen el acogimiento preadoptivo y la adopción.

Pues dicha Ley ha establecido, como novedad más importante, y frente a la falta anterior de plazo para recurrir ante el juez las resoluciones administrativas, unas limitaciones temporales a las posibilidades de impugnar la declaración de desamparo, y a las demás medidas administrativas de protección de menores. En concreto, se establece, por un lado, el plazo de tres meses —y nada más— para la impugnación de la declaración de desamparo en que se adopta esa decisión, la cual se limita a la corrección de la decisión administrativa, si concurren o no las causas de abandono del menor y la situación de desvalimiento[26]. Y, por otro lado, un plazo de dos años para una acción de revocación, en tanto en cuanto solo se concede este plazo de dos años desde la notificación de la declaración de desamparo, no tanto para impugnar esta declaración como para invocar que, en este periodo de tiempo no superior a dos años, los padres han podido rehabilitarse y han podido recuperar las posibilidades de ejercer hábilmente los deberes legales inherentes a la patria potestad.

Este plazo de dos años puede ser, en principio, razonable en una parte de los supuestos, pero quizá no en todos ellos. Son aquellos en los que, a raíz de la declaración de desamparo, la Administración sigue trabajando con la familia para la reinserción del menor en ella, y la familia se somete a los planes de trabajo social que se le proponen: rehabilitación de toxicomanías, búsqueda de vivienda, búsqueda de trabajo, mantenimiento del régimen de visitas, etc.; es decir, se mantienen unos criterios que permiten constatar que se ha mantenido el vínculo de apego; incluso aunque el niño esté en acogimiento en una familia extensa, con abuelos o con tíos, o en un acogimiento familiar no preadoptivo ordinario. En este caso, el plazo de dos años es razonable, porque hay un trabajo social para la reinserción. Pero es cierto que, existiendo otros casos en los

que los padres rechazan el trabajo social o las rehabilitaciones y se constata la inexistencia de trabajo social o la inexistencia de cooperación de los padres, dicho plazo se puede considerar excesivo.

Por eso la Circular 1/2008, *de la Fiscalía General del Estado* se elaboró justamente para analizar y orientar la labor de las fiscalías respecto a estas limitaciones de los plazos para impugnar las medidas administrativas de protección de menores. La misma insistía en dos puntos: uno de ellos, que, puesto que los padres cuentan con ese plazo de dos años para rehabilitarse y recuperar la plenitud de la patria potestad, si pueden, es muy importante que durante dicho plazo no se adopten medidas definitivas, como los acogimientos preadoptivos o las adopciones. Esto es lo razonable y esta es la pauta general. Pero también añade, como segundo punto, que hay casos en que casi desde el primer momento se sabe que el desamparo es irreversible, que estos padres no van a estar en condiciones de recuperar esa patria potestad, bien por enfermedades crónicas, bien por comportamientos previos tan insistentes como el tener sucesivos hijos después de la declaración de desamparo de los primeros. En este caso, el plazo de dos años es excesivo, y no debería ser óbice para la constitución de acogimientos preadoptivos y de adopciones, sobre todo cuando estamos hablando de niños muy pequeños que no han generado el vínculo de apego saludable con sus propios padres y sí pueden generarlo saludablemente con otros acogedores o adoptantes.

No obstante lo expuesto, se puede tener otra visión de la reforma y en dicho sentido comparto la opinión de un sector crítico que denuncia que: «(…) con estas modificaciones, es obvio que el Gobierno pretende reforzar la seguridad jurídica de los adoptantes (que ya no temerán que les quiten a sus hijos si sobreviene un cambio en la situación social de los padres biológicos) y mermar la responsabilidad patrimonial de la Administración ante defectuosos funcionamientos. Sin embargo, ¿renunciamos a la posibilidad de cambio y mejora de las situaciones de las familias biológicas? ¿los pobres son irrecuperables? La condena a la Junta de Andalucía a indemnizar a una madre que fue acompañada por la APDHA a un millón cuatrocientos mil euros por el largo y tortuoso calvario que pasó durante diez años, durante los cuales fueron ignorados y pisoteados sus derechos, a raíz de la retirada de sus hijos de entonces cuatro y cinco años, debido al alcoholismo que padecía, parece ser el origen de esta modificación (…)»[27].

En definitiva, aunque sean ciertas las intenciones del legislador de otorgar seguridad al sistema en orden a prevenir la casuística que ha informado a la realidad española expuesta con anterioridad, no deja de ser un tema polémico.

IV. APUNTE JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE DESAMPARO

1. Ideas rectoras

Es de destacar, en primer lugar, que la *medida del desamparo debe ser lo más breve posible,* dada la gravedad de la medida y el derecho del menor a crecer y ser educado en la familia como derecho protegido por nuestra Constitución; siempre que se den dos circunstancias: por un lado, que vayan desapareciendo las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo y, por otro, que el interés del menor lo requiera así, ya que dicha prioridad al mantenimiento del menor en su familia natural no implica primacía de este derecho sobre el auténtico beneficio del menor *(favor minoris),* puesto que también el artículo 19 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 advierte de la necesidad de adoptar cuantas medidas sean precisas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio, abuso físico o mental, descuido o trato negligente (SAP de Cádiz de 30 de junio de 2005).

En otras palabras, la medida de protección del desamparo debe ser provisional en orden a establecer en el futuro una medida de protección estable para el menor, entre ellas, el retorno a su familia si las circunstancias lo permiten.

En segundo lugar, dado que el desamparo es un concepto jurídico indeterminado, solo cuando determinadas situaciones referentes al ámbito familiar[28] trascienden a los deberes de protección establecidos por las leyes, determinando que el menor se encuentre desasistido en el ámbito moral o material, darán lugar a la correspondiente resolución administrativa. Pues las circunstancias familiares reseñadas, de entrada, solo habilitarían a la entidad pública competente para declarar, mediante resolución motivada, la situación de riesgo; y asimismo, permitirían a los progenitores para recurrir a la Administración con el fin de que asuma provisionalmente la guarda de los menores *ex* artículo 172.2 del Código Civil.

En otras palabras, aunque dicho concepto de desasistencia sea un concepto jurídico indeterminado, de la experiencia de los Tribunales se desprende que el mismo se predica cuando el menor sufre carencias o desatenciones materiales o físicas; mala alimentación y vestimenta inadecuada; abandono en la higiene personal; hogar en condiciones higiénico-sanitarias deficientes o deplorables; falta de escolarización; carencias de historia médica en pediatría, deficiencias y retrasos madurativos; trastornos de conducta del menor o comportamiento irregular (permanencia en la calle a horas intempestivas, situaciones de predelicuencia); o episodios de violencia. Si bien, es interesante resaltar que también se produce el desamparo por vacíos, carencias o desatenciones morales, afectivas o emocionales, y puede venir motivada por diferentes causas pero provinientes de núcleos familiares de nivel económico desahogado, tal como lo reflejan claramente las SSAP de Islas Baleares, de 30 de marzo de 2006 *(JUR* 2006/160014); y de Barcelona, de 23 de abril de 2013 *(JUR* 2013/191287).

2. El desamparo y sus consecuencias jurídicas. Alusión a la posible acción de responsabilidad civil del hijo frente a los padres por daños derivados del incumplimiento de los deberes paterno-filiales

Dado que, tal y como se ha apuntado previamente, no existe un *numerus clausus* de conductas o actuaciones que constituyan desamparo, según cierta doctrina el problema que se observa en reiteradas ocasiones es que los órganos administrativos encargados de determinar en un primer momento si el menor se encuentra en situación de desamparo, y debido en parte a una incorrecta interpretación del principio de interés superior del menor, toma en ocasiones medidas que no se corresponden con el riesgo real que puede sufrir, separándolo de su núcleo familiar, cuando sería más conveniente adoptar una serie de medidas que no revistieran tanta gravedad[29]. No obstante, otros estudios reflejan que en los últimos años el análisis de las sentencias demuestra que son escasas las resoluciones judiciales de las que resulta disconformidad con la resolución administrativa que declara el desamparo, resultando de ello, en principio, su corrección[30].

En cualquier caso son criterios loables asumidos de modo pacífico por nuestros Tribunales los siguientes: 1.º) por un lado, que *el interés del menor de edad no puede identificarse con el bienestar material del mismo,* pues lo mismo llevaría en su extremo a negar el derecho de todo menor a sus padres simplemente porque estos pertenezcan a sectores sociales menos protegidos por la Ley, aquellos a los que además de serles negado el derecho al trabajo, a la vivienda, a la salud, en definitiva a llevar una vida digna, también se les negaría el derecho a la familia, y lo que es más grave, el derecho de los menores a criarse en el seno de la familia natural o biológica (Auto de la AP de Sevilla de 8 de marzo de 2002 —*AC* 2002/260—). Antes al contrario, nos recuerdan los Tribunales que la protección de los menores a cargo de los poderes públicos ha ido evolucionando desde una perspectiva de beneficencia sobre niños abandonados hacia su extensión a situaciones de trato vejatorio o de presión y descuido esencial por parte de sus padres. 2.º) Y, por otro, que *los requisitos que se señalan para considerar una situación de desamparo han de ser valorados de forma restrictiva,* ponderando siempre los intereses que hay en juego, pues este ámbito es especialmente sensible porque, además de los intereses del menor, hay que tener en cuenta los intereses de la familia, para poder adoptar la medida que se considere menos perniciosa para las partes[31].

Por último, me planteo con cierta doctrina la oportunidad de declarar la responsabilidad civil de los padres frente a los hijos por el incumplimiento de los deberes paterno-filiales y la consecuente obligación de los padres de indemnizar a sus hijos. Por ejemplo, ¿el hecho de que unos padres tomen por sus creencias religiosas una decisión que pueda afectar a la integridad física e, incluso, a la vida de su hijo menor de edad; o dejan a sus hijos realizar determinados actos

de ocio, juego o de deporte peligrosos (por ejemplo, correr con su hijo de dieciséis años delante de los cabestros de cola en el encierro de San Fermín; o dejarle ir a unas colonias sin advertir al organizador de la enfermedad de su hija; permitir que se bañe en una piscina sin haber hecho la digestión; o dejar jugar a un menor de escasa edad o preadolescente con una escalera mecánica en un centro comercial, etc.) podría dar lugar a la acción de responsabilidad civil de los padres por el daño causado a su hijo por el acto ilícito de incumplimiento del deber paterno-filial de velar por la salud y seguridad del hijo?

Aún siendo un tema que desborda al tratado (pues para el desamparo se requiere habitualidad en el incumplimiento y en ahora tratamos actos puntuales), y poco estudiado por nuestra doctrina, en la actualidad algún autor ha levantado su voz para poner de manifiesto dicha posibilidad; aunque escasa en realidad, limitada en nuestra realidad jurisprudencial a supuestos en los que el padre accione frente a la aseguradora, en nombre de su hijo, por un daño causado por él a su hijo en un accidente de circulación[32].

Pero, volviendo a los casos planteados, se argumenta sin ambages por Rodríguez Guitián (2009, pág. 189) que se les aplicaría la regla general de la responsabilidad civil por culpa o subjetiva (dado el progresivo reconocimiento por nuestro Ordenamiento jurídico a la capacidad de autodeterminación del menor), pero sobre la base de un canon de diligencia no tan severo como el que rige la responsabilidad civil de los padres por los daños que causen sus hijos a terceros *ex* artículo 1903 del Código Civil. En concreto, y dada la existencia de una regla social predominante por la que la responsabilidad de los padres queda restringida a cuando estos actúen por dolo o por culpa grave, el canon de diligencia sería el «leve» teniendo en cuenta tres factores: *a)* la edad y otras circunstancias personales del menor: carácter, hábitos de ocio, y su educación [STS de 29 de junio de 2001 —*RJ* 2002/1470— que exoneró al Corte Inglés del daño sufrido por una menor de dos años cuya mano queda atrapada, cuando va con su madre, al utilizar una escalera mecánica, y declaró responsable a la madre por la escasa edad y la peligrosidad de las circunstancias]; *b)* las circunstancias personales de los progenitores [si por el trabajo los padres delegan su cuidado a otra persona, los padres son diligentes si dicha persona está en plenas condiciones físicas y mentales de ocuparse debidamente de este último —STS de 6 de septiembre de 2005 —*RJ* 2005/6745—][33]; y *c)* las circunstancias objetivas del caso: lugar, tipo o peligrosidad de actividades o instrumentos que utiliza el menor [STS de 31 de diciembre de 1997 —*RJ* 1997/9195— que juzgaron la culpa grave de los padres por la muerte de sus hijos de quince y dieciséis años por no prohibirles, debiendo conocer sus hábitos, que fueran a divertirse a la vía férrea y situarse en los raíles cuando el tren iba a llegar].

El hecho es que en este orden de cosas (en el que se acepte el criterio de la culpa grave en el incumplimiento del deber paterno-filial que sea causa de una acción de responsabilidad civil por el daño causado a su propio hijo), el núcleo

de la urdimbre argumental se basa en dos razonamientos de interés que ofrece la autora, y se respaldan tanto por Ordenamientos del Derecho continental, por ejemplo, el alemán, como del Derecho anglosajón[34]: por un lado, porque nos movemos en relaciones de convivencia, o de intimidad, en un ámbito doméstico en las que se suele tener un comportamiento menos cuidadoso y más relajado que en otros ámbitos, pues cada conviviente acepta a los demás con sus defectos y cualidades, sin exigir a los otros normalmente una conducta más rigurosa y estricta que la que cada uno pone en sus propios asuntos (y por analogía con la diligencia que se exige en la administración patrimonial de los bienes del menor *ex* art. 164 CC); y por otro, la preservación de la paz familiar y la necesidad de otorgar amplia discrecionalidad a los padres en el ejercicio de la patria potestad y en el cumplimiento de los deberes paterno-filiales[35].

V. REFERENCIA AL MODELO FRANCÉS Y AMERICANO DE PROTECCIÓN DEL MENOR EN DESAMPARO

1. Novedades de la Loi número 2007-293, du 5 mars 2007, *reformant la protection de l'enfance*

A diferencia del modelo español expuesto hasta ahora, el Derecho francés no ha previsto la desjudicialización de la protección del menor desamparado a través de la figura de la tutela automática de la Administración. Por el contrario, el sistema pivota, sucintamente, en torno a tres figuras de protección que han de ser instruidas o investigadas y decididas: bien por el juez de menores *(mesures d'assitence éducative);* bien por el juez de Familia o Magistrado de Asuntos Familiares del Tribunal de Gran Instancia *(délégation de l'autorité parentale* a un tercero o a Asuntos Sociales, tanto por voluntad de los padres como impuesta a estos por un tercero; *y la retraite de l'autorité parentale* en vía civil); o bien por un juez penal —Cour d'assises o el Tribunal correccional— competente para juzgar el delito (*retraitre de l'autorité parentale* en vía penal).

No obstante, es plausible destacar que, dado que dicho sistema se ha reformado por la Ley de 5 de marzo de 2007 (teniendo como principal finalidad fortalecer el aspecto preventivo del desamparo o desprotección del menor), el legislador francés ha legitimado a los Servicios Sociales, sin perjuicio de las competencias de la autoridad judicial, a adoptar ciertas medidas de protección del menor afectando a la guarda o a la autoridad parental en los términos que se verán a continuación.

A) *En especial,* «les mésures d'assitance éducative»[36]

Respecto a las *medidas de asistencia educativa* (*mesures d'assitence éducative)* hay que precisar que, según el artículo 375 del Código Civil francés, estas son aplicables cuando el menor está en peligro (su salud, seguridad o moralidad), así como cuando las condiciones de su educación o de su desarrollo psíquico, físico, social o intelectual están gravemente comprometidas (expresión que corresponde a lo que el legislador español califica de desasistencia material y/o moral). El precepto no recoge, según su tenor literal, una lista de situaciones de las que derive automáticamente la situación de peligro del menor (siendo comunes, entre otras, hacer sufrir moralmente al menor; abusos sexuales; negligencias graves en los cuidados más elementales del menor; maltrato psicológico); debiendo ser el juez, en consecuencia el que analice cada situación en particular[37].

Ahora bien, respecto a las consecuencias jurídicas del reconocimiento de la situación de peligro del menor, como novedad de la reforma apuntada y sin perjuicio de las competencias de la autoridad judicial, el legislador francés ha provisto al Presidente del Consejo General de los Servicios Sociales (L'ASE)[38] de un papel principal en orden a centralizar las informaciones relativas a los menores en peligro, y le legitima, tras una evaluación de la situación, no solo a poner en práctica medidas materiales de ayuda a la familia para la prevención de la situación (ayuda material, educativa y psicológica tanto al menor como a la familia), sino a adoptar en urgencia «acciones de protección» que afectan a la autoridad parental en favor del menor (art. 221-1 *Code Action Social Familiale* —CASF—). Por ejemplo, L'ASE puede formalizar una «medida de acogimiento de urgencia» cuando el menor esté en peligro (cuando haya abandonado el domicilio familiar) y no sea posible obtener el acuerdo de los padres, siendo el menor acogido provisionalmente por l'ASE (máximo 72 horas), debiendo informar inmediatamente a los padres y al Ministerio Fiscal[39]. Incluso, los Servicios Sociales pueden decidir, a título preventivo, una «medida de acogimiento durante toda o parte de la jornada», siempre que sea cerca de su domicilio, como ayuda educativa y como acompañamiento al ejercicio de la autoridad parental (CASF, art. L. 222-4-2).

No obstante, la regla general es que el juez de menores es competente para adoptar las medidas de asistencia educativa, tras un proceso de instrucción, en orden a constatar la situación de peligro del menor, cuyo dossier será transmitido al Ministerio Fiscal para la emisión de su opinión, y tras el llamamiento de las partes a la audiencia del juicio[40]. Si bien, el juez puede decidir no adoptar dichas medidas, ya sea por estimar que no hay peligro para el menor, ya sea porque, existiendo el mismo, dichas medidas no asegurarían suficientemente los intereses del menor, o porque los padres no están dispuestos a colaborar.

Más en concreto, estas medidas, que no son susceptibles de apelación y son financiadas por el presupuesto estatal, pueden ser de doble orden: las que permiten el mantenimiento del menor en su medio familiar, y aquellas que separan al menor del mismo; y son decididas por el juez bajo el respeto y guía de los siguientes principios: *a)* a diferencia del sistema español, *las medidas educativas no implican la suspensión de la patria potestad,* antes al contrario, *mantienen la autoridad parental en todo lo que no sea incompatible con la medida educativa* (art. 357-7 CC)[41], por ejemplo, si la medida implica la separación del menor, se le suspenderá de la guarda, la educación, y la toma de decisiones cotidianas[42]. En la práctica, a veces, es difícil este reparto de poderes, pues el tercero deberá pedir autorización a los padres en caso, por ejemplo, de realización de un acto médico, para participar en ciertas actividades, o efectuar ciertos desplazamientos, sobre todo al extranjero (art. 375-7 CC). Por ello, la nueva Ley de 5 de marzo de 2007 prevé, a título excepcional, que el juez de menores autorice a la persona titular del establecimiento de acogida a ejercitar un acto relativo a la autoridad parental sobre la base del interés del menor y del rechazo injustificado de los padres; conservando, no obstante, los padres el ejercicio habitual de la patria potestad y pudiendo, en consecuencia, seguir tomando decisiones relativas, tanto al ámbito patrimonial como personal del menor. Igualmente, salvo excepción motivada por el juez, los padres continúan asumiendo el mantenimiento, al menos no inferior al montante de la ayuda familiar *(allocations familiales)* a la que tienen derecho por estar sus hijos acogidos, y la educación de estos, al ser importante permitir la continuidad en la implicación de los padres en la medida de lo posible (art. 375-8 CC y ord. núm. 158-1310, 23 déc, 1958, art. 2). Asimismo, b) *el respeto de las convicciones religiosas y filosóficas de la familia y del menor* (art. 1200 CPC); c) *el mantenimiento del menor en el medio familiar siempre que sea posible* (art. 375-2 CC) en orden a respetar el derecho del menor a la estabilidad de su entorno de vida y de sus referencias psico-afectivas. Curiosamente, dicho respeto ha llevado a la jurisprudencia francesa a condicionar la vuelta de los menores que han estado largo tiempo en acogida a que dicho cambio no entrañe dificultades mayores en el desarrollo y evolución del menor.

A mayor abundamiento, la duración de las medidas de asistencia educativas no pueden exceder de dos años (aunque pueden ser prorrogables), teniendo obligación los intervinientes de rendir cuenta anual al juez sobre la situación del menor; pudiendo ser en todo momento modificadas o anuladas por el juez, de oficio, o a solicitud de los padres, del menor, y del Ministerio Fiscal, como reflejo de la necesidad de que las decisiones se adapten en todo momento a los cambios incesantes del contexto en el que evoluciona el menor, sin ser estas medidas, en sí mismas, un recurso (art. 375-6 CC).

En concreto, las medidas pueden ser (FOSSIER/GRATADOUR, 2008, 67): i) *el mantenimiento del menor en su familia* subordinado al cumplimiento de una

serie de deberes por los padres respecto al hijo, pues en caso contrario, el menor será separado de la familia (por ejemplo, la obligación de someterle a exámenes médicos, o de obligarle a seguir una formación profesional, etc. —art. 375-2 al 2 CC); ii) *Medidas de asistencia educativa en medio abierto (AEMO),* que consisten en la intervención de un servicio especializado (bien público o privado asociativo)[43] ante la familia o ante el menor, a fin de aportar ayuda y consejo a la familia para superar las dificultades materiales o morales en las que se encuentran y reinsertándola en el conjunto de los dispositivos existentes. Estas medidas tienen una duración de dos años, prorrogables, y pueden ser compatibles con una medida de acogimiento y separación del menor de su familia, a la cual se alude a continuación.

iii) Y por último, el juez de menores puede adoptar unas *medidas de acogimiento (placement):* cuando el juez estime que se debe separar al menor de su familia, confía aquel a la protección conjunta del juez de menores y del Presidente del Consejo General (debiendo asumir la protección una persona física, o un servicio especializado), siendo una medida provisional, aunque prorrogable, que se escogerá teniendo en cuenta, tanto el interés del menor, como el favorecer el derecho de visita y de alojamiento por los padres y el mantenimiento de lazos con los hermanos.

En realidad, no existe una jerarquía entre las diferentes modalidades de acogimiento, sino que la elección del juez dependerá de la problemática de la familia, las necesidades del menor, y el tipo de peligro que sufre este, las cuales están previstas en el artículo 375-3 del Código Civil: *a)* el acogimiento *en casa de uno de los padres* cuando los padres no viven juntos (no es muy común pues genera conflictos); *b)* el acogimiento en casa de un *miembro de la familia* (sin precisar el legislador la cualidad) *o de un tercero* de confianza; *c)* el *acogimiento durante la jornada* es una novedad de la Ley número 2007-293, que permite al juez confiar al menor a un servicio o establecimiento habilitado para el acogimiento de menores solamente durante el día (art. 375-3 CC); *d) el acogimiento «directo» en una institución (sanitaria o de educación, especializada o no, dependiendo de la problemática de la familia),* respecto al que hay que precisar que se dirige, sobre todo, a los adolescentes, y que no se limita solamente a las instituciones habilitadas por las autoridades administrativas (personas jurídicas o físicas que habitualmente reciben a menores, como las pertenecientes al sector asociativo privado, o a la Protección Judicial de la Juventud), sino que se extiende al resto de instituciones que actúan en el campo de la infancia concernido por la problemática en particular del caso. E, incluso se permiten la puesta en práctica de soluciones alternativas y originales, y su compatibilidad con las medidas de acción educativa en medio abierto a las que se ha hecho ya referencia, a fin de asegurar la unión y vinculación entre la institución, la familia y el menor, y de garantizar una continuidad de seguimiento en caso de una modificación de las formas de acogimiento o de una crisis en

su desarrollo. Es cierto por otra parte, que la Ley número 2007-297, de 5 de marzo, *relative à la prévention de la délinquance* prevé que dicho acogimiento puede tener lugar en régimen de internado.

Si bien, lo más frecuente, aunque para el caso de menores más jóvenes y también para los casos más difíciles respecto de los que se prevé un acogimiento de larga duración, es que el juez de menores establezca: e) el *acogimiento del menor en el servicio público de Ayuda Social a la Infancia (ASE)*[44], pues cada servicio del ASE dispone en efecto de una infraestructura de establecimientos (públicos o concertados), y de una red de familias de acogida (las asistentes maternales) que permiten la buena marcha de este tipo de medidas y la puesta en práctica de proyectos de larga duración para los menores. Normalmente estos casos terminan con una medida de delegación de la autoridad parental, como se verá posteriormente[45]. En consecuencia, en estos casos se propone por la doctrina que el tercero debería tener más poderes parentales en orden a evitar la delegación parental, lo que, indirectamente respalda la modificación de la Ley 221-1 del Código de Acción Social y de las Familias por la Ley de 5 de marzo de 2007, en el sentido de que se confía a los servicios sociales de Ayuda Social a la Infancia (ASE) una nueva misión la de *«velar para que los lazos afectivos establecidos entre el menor y otras personas diferentes a sus padres se mantengan, y se desarrollen, en el interés superior del menor»*[46], sobre todo en los casos de contextos familiares en los que falta la estabilidad afectiva.

Por otra parte, según el artículo 375-7 del Código Civil, reformado por la Ley de 2007, el juez de menores, respecto a los supuestos de acogimiento y separación del menor de su familia, establecerá las modalidades de relación entre los padres y los hijos, siendo la novedad que aquel deberá precisar la naturaleza, el lugar, y la frecuencia del derecho de visita e, incluso, de alojamiento del menor, así como su derecho a la correspondencia con sus padres, lo que es cierto que provoca a veces conflictos entre el juez de menores y la Administración (MALAURIE/FULCHIRON, 2011, pág. 650). Incluso, puede decidir que dichas condiciones sean determinadas conjuntamente entre los titulares de la autoridad parental y la persona o establecimiento al que el menor es confiado. A diferencia del caso español, en que el escrito de formalización de acogimiento deberá consentirse, es cierto, por los padres no privados de la patria potestad pero también por los acogedores, pero en el que las modalidades apuntadas no parecen ser decididas conjuntamente por la institución (acogimiento residencial) o la familia (acogimiento familiar) y los padres, *ex* artículo 173.2 del Código Civil. E, incluso, será la Administración española la que, en virtud de la máxima «quién puede lo más, (suspender la patria potestad), puede lo menos (limitar o retirar el derecho de visita)», frente al caso francés en que será el juez el que, teniendo el poder de vigilancia sobre las modalidades de ejercicio del derecho de visita en interés del menor de edad, podrá suspender provisionalmente el

derecho de visita, o limitarlo, obligando en este caso, por ejemplo, a que se ejerza en presencia de un tercero en los casos más graves.

A mayor abundamiento, tal y como se ha apuntado, es dable resaltar que siempre que la medida sea ejercida por un servicio, el juez deberá establecer el plazo de ejecución que no deberá sobrepasar dos años, al término del cual se deberá proceder a una evaluación de la situación. Aunque, excepcionalmente, hemos visto que puede establecerse por un periodo más largo cuando las circunstancias de la familia lo requieran —carencias relacionales y educativas graves, severas y crónicas que afectan gravemente a su responsabilidad parental— en cuyo caso, la novedad de la Ley de 2007 consiste en que esta no fija un límite de duración a dicha medida, sino que el juez establecerá la que sea más acorde con el objetivo de permitir al menor beneficiarse de una continuidad relacional, afectiva y geográfica con su lugar de vida para cubrir sus necesidades de futuro más inmediatas. Se critica, sin embargo, que los padres o el guardador conserven la posibilidad de solicitar al juez el fin de la medida[47].

Por último, es interesante resaltar que el Derecho francés, extramuros de las medidas de asistencia educativa que tienen como consecuencia confiar la guarda del menor en peligro o riesgo a un tercero, prevé otros casos de transmisión de la guarda a un tercero conservando los padres la autoridad judicial. Al respecto, hay dos supuestos que considero de interés comentar: por un lado, el curioso caso resuelto por la sentencia de la Corte de apelación de Rennes que ilustra la posibilidad de confiar la guarda del menor a la exesposa (que había convenido con su exmarido, antes de la separación, recurrir a la maternidad subrogada). De tal modo que, aunque legalmente el ejercicio de la autoridad parental residía en los padres biológicos, dado que la madre *porteuse* se comportaba, no como una madre sino como la «madrina» del menor, el juez de Asuntos Familiares dispuso confiar al menor (la guarda) a la exesposa[48]. Y, por otro, en el caso excepcional, a raíz de la ley de 4 de marzo de 2002, *portant réforme sur l'autorité parentale,* de ejercicio unilateral de la autoridad parental en el que el progenitor ejerciente muere, y no es favorable al interés del menor otorgar el ejercicio ni la guarda al otro progenitor al estar el menor perfectamente integrado en el medio en el que vivía hasta ahora, estando los abuelos, tíos, hermanos, etc., dispuestos a ocuparse del menor (art. 373-2 CC)[49], e incluso por el padrastro del menor[50].

B) La «Délégation» *y la* «Retrait de l'autorité parentale»

Si la conclusión, entre otras, a la que en líneas anteriores se ha llegado, es que las medidas de asistencia educativa que establece el juez de menores, a pesar de pronunciarse también para casos graves en los que se admite el acogimiento de larga duración, son compatibles con el hecho de que los padres continúen ejerciendo la patria potestad (se basan normalmente en la colaboración con es-

tos), se hace preciso matizar que el Derecho francés prevé otros dos supuestos, la *délégation* y el *retrait de l'autorité parentale* en los que no es así, ya sea por motivos prácticos como sancionadores, respectivamente[51].

i) La delegación de la autoridad parental prevista en los artículos 376 y 377 del Código Civil es regulada por el legislador francés con la finalidad de encontrar un equilibrio entre, por un lado el reconocimiento de ciertos poderes en beneficio de la persona que asegura la protección del menor y en interés de este, y por otro la protección de las relaciones entre el menor y sus padres, en principio necesarios para el equilibrio de aquel[52]. En concreto, la delegación puede ser de dos tipos: voluntaria e impuesta a los padres por un tercero, a diferencia del caso español en el que el único caso que se prevé de delegación voluntaria de los padres es la que los padres ceden solamente la guarda del menor, no el ejercicio *ex* artículo 172.2 del Código Civil.

En lo que respecta a la delegación de la autoridad parental voluntaria, el legislador francés prevé, en primer lugar, los calificados *pactos de familia sobre la autoridad parental* (introducidos por la Ley de 4 de marzo de 2002, *relative à l'autorité parentale,* sobre todo en razón de las necesidades educativas del menor)[53]. En estos, el legislador, partiendo del principio del deber irrenunciable en qué consiste la autoridad parental (art. 376.1 CC), permite que el juez de familia pueda tomar en consideración los pactos que los padres hayan concluido libremente, cuando el juez deba pronunciarse acerca del ejercicio de la autoridad parental (en caso, por ejemplo, de separación), de la educación del menor, o sobre la atribución de la guarda a un tercero (art. 376.1, *in fine).* Se critica la ambigüedad del precepto, dado que permite, de modo implícito, la delegación de la autoridad parental, incluso, en casos en los que el pacto sea el resultado de un juego de fuerzas muy desfavorable a uno de ellos, y que puede ser vivida por el menor como un abandono. Aunque no hay que ignorar que en dichos casos, el juez de familia, tras haber constatado la violación evidente de los derechos imprescriptibles de uno de los padres sobre sus hijos, en condiciones dañosas para estos, resolverá la nulidad del pacto sobre la base de atentar al «orden público»[54].

Asimismo, y por otra parte, el artículo 377 del Código Civil regula la llamada *délegation d'autorité parental voluntaire,* que permite que los padres, conjunta o separadamente[55], demanden al juez de familia, cuando las circunstancias lo exijan al no permitirles ejercer sus responsabilidades, la delegación, total o parcial, de la autoridad parental a un tercero: (miembro de la familia o una persona digna de confianza, establecimiento habilitado para el acogimiento de menores o el servicio departamental de ASE)[56]. Por imposición legal, esta delegación solo puede ser «parcial», subsistiendo, en todo caso, el derecho de visita o de alojamiento ocasional, o incluso una función de dirección moral del menor; y cuya elección del tercero en concreto no pertenece a los padres, sino que la misma será el resultado de un juicio llevado a cabo por el juez de asuntos

familiares tras la audición del padre y de la madre (art. 377 al 3), y recabar el consentimiento de los padres o de aquel progenitor que tenga atribuida la autoridad parental.

Esta delegación solo se producirá si el juez verifica las circunstancias que lo exigen, no siendo suficiente la sola voluntad del titular de la autoridad, de tal modo que si los padres han solicitado la delegación a un tercero que el juez, finalmente, no estima de confianza, este no podrá atribuir la guarda a otra persona física o moral; posibilidad, esta, que está reservada solamente a los supuestos de delegación forzosa de la autoridad parental, la cual será objeto de atención más adelante. A tenor de lo expuesto (GOUTTENOIRE, 2011, pág. 8), la sentencia de la Corte de Casación, de 16 de abril de 2008 (recurso núm. Y 07-11.273) resolvió en dicho sentido en un caso en el que, habiendo el padre solicitado la delegación de la autoridad parental a la compañera de la madre fallecida, pero pretendiendo los tíos la misma en razón de la voluntariedad de la delegación, el juez, al rechazar la delegación a favor de la compañera sentimental de la madre, lo único que puede hacer es inquirir al padre que tome otras disposiciones, o al Ministerio Público, presente en la instancia, que solicite otras medidas de asistencia educativa, pero en ningún caso puede otorgar la delegación a los tíos[57].

Por otro lado, en lo que respecta a la «delegación de la autoridad parental impuesta por un tercero» *(délégation à la demande d'un tiers),* el artículo 377.2 prevé, con carácter excepcional, que en caso de desinterés manifiesto, o si los padres se encuentran en la imposibilidad de ejercer toda o parte de la autoridad parental (enfermedad, prisión, huida, alejamiento, etc.), un particular, un establecimiento o el servicio departamental de ASE que haya acogido al menor puede demandar al juez de Asuntos familiares del Tribunal de Gran Instancia (art. 1203 CPC)[58] para que le delegue, total o parcialmente el ejercicio de la autoridad parental (excluyéndose en todo caso el ejercicio de consentir la adopción del hijo). Asimismo, es importante matizar que, según el artículo 377.3 del Código Civil, cuando el menor ha sido objeto de una medida de asistencia educativa, el juez de asuntos familiares no puede imponer la medida de la delegación forzosa de la autoridad parental sino bajo consulta y opinión del juez de menores.

Como se ha apuntado en párrafos anteriores, la delegación suele ser la respuesta final a los casos en los que el juez de menores haya adoptado previamente una medida de asistencia educativa de separación del menor y acogimiento de larga duración ante los servicios del ASE, cuando la esperanza de retorno al domicilio deja de existir y el desinterés de los padres es manifiesto (a solicitud de los propios servicios sociales). Aunque se critica por algunas voces doctrinales (FOOSIER/GRATADOUR, 2008, pág. 76) que la Ley de 5 de marzo de 2007 ampare la práctica más común por los Servicios Sociales de mantener la medida de asistencia educativa pero solicitando al juez que les provea de determinados poderes no usuales para el ejercicio de la autoridad judicial, más que pedir la

delegación de la autoridad parental, la cual sería, en ocasiones, más beneficiosa para el menor.

Al respecto, se ha ido elaborando por la jurisprudencia francesa una serie de criterios en orden a valorar si la actitud de los padres es o no de desinterés para proceder en consecuencia, respectivamente, a la delegación de la autoridad parental (el solo hecho de solicitar irregularmente noticias de su hijo; o una visita rápida todas los años acompañada de un pequeño regalo, sin comunicar nunca al hijo el deseo de volver con él al hogar), o a la denegación de la misma (el padre o la madre solicitan al juez volver a estar con su hijo mediante entrevistas o correos; o cuando regularmente se entrevistan con su hijo enviándole vestidos o dinero, aunque no puedan contactar presencialmente con él)[59]. Aunque también es un supuesto tipo de delegación la solicitada por los abuelos que han cuidado siempre de su nieto y temen un cambio radical de los padres.

En definitiva, los efectos de la delegación forzosa se producen en un doble sentido: *a)* por un lado, todo o parte de los derechos de la autoridad parental son delegados al tercero, conservando los padres el derecho a consentir la adopción y el matrimonio del menor, y el derecho de visita y su alojamiento ocasional; aunque continúan siendo titulares de la patria potestad (derechos hereditarios, de alimentos), al igual que ocurre con la suspensión de la patria potestad a causa del desamparo del menor en el Derecho español. Si bien, es interesante como en algunas ocasiones, el juez permite en la misma decisión que otorga la delegación o en una ulterior, que se procedan a arbitrajes entre delegantes (padres biológicos), y los delegatarios (que asumen la autoridad parental). *b)* y, por otro, el menor es acogido bajo la vigilancia de la administración del tercero y su protección, percibiendo las ayudas o subsidios familiares, así como las ayudas financieras.

Finalmente, en todos los supuestos de delegación de la autoridad parental, se puede producir una restitución a los padres de los derechos delegados a través de un nuevo juicio bajo la doble condición de probar que existen circunstancias nuevas que respetan el interés del menor, como de que el menor no haya sido objeto de una declaración de abandono habiendo implicado su acogimiento con vistas a la adopción. En dicho caso, el juez de asuntos familiares puede exigir a los padres el reembolso de los gastos de mantenimiento del menor (art. 377-2 CC).

ii) Por último, la *retraitre de l'autorité parentale* (nuestra privación de la patria potestad), regulada por la Ley número 96-604, de 5 de julio de 1996, *relative à l'adoption,* aparece, frente a la delegación, como una sanción grave contra los padres, conservando estos solo el derecho de visita y de correspondencia con el hijo. Esta privación se puede producir, al igual en el Derecho español, a través de la vía penal o la civil.

Según el artículo 378 del Código Civil, el juez penal tiene la potestad (no siendo algo automático a excepción de los delitos contra la libertad sexual del

hijo, tal y como se ha comentado con anterioridad) de privar a los padres de la autoridad judicial (pronunciándose expresamente al respecto y sin la asistencia de jurado) cuando sean condenados: bien como autores, coautores o cómplices de un crimen o delito cometido contra la persona del menor; o bien como coautores o cómplice de un crimen cometido por el menor (art. 378 CC). Pues en el caso de que los padres cometan el delito de abandono de familia, solo si aquellos no aseguran el cumplimiento de sus deberes paterno filiales en un plazo de seis meses podría condenárseles, igualmente, a la privación de la autoridad, pero no en caso contrario.

Asimismo (MALAURIE/FULCHIRON, 2011, pág. 654), la privación se puede producir por una decisión emanada de la jurisdicción civil en orden a proteger al menor en aquellos casos en los que, existiendo delito de los padres, el juez penal no se haya pronunciado respecto a la privación de la autoridad parental; o en aquellos otros que sin existir delito, se prueben circunstancias tales que conlleven que la salud psicológica del menor, su equilibrio afectivo, o su moralidad estén en peligro, sin que existan factores de ayuda para contrarrestar dichos peligros (ausencia de otros parientes, abuelos, el carácter de debilidad del menor, etc.). En concreto, la jurisprudencia ha estimado como supuestos de privación: *a)* los malos tratos, tanto físicos como psíquicos, ya sean o no intencionales (vejaciones, agobiar el menor con trabajos por encima de su capacidad; injurias, violaciones, golpes); *b)* la falta de cuidados elementales (por ejemplo, cuando padres sufren una enfermedad contagiosa crónica y rechazan que los hijos dejen de vivir con ellos por egoísmo o inconsciencia); *c)* el consumo habitual de alcohol y de estupefacientes, dado que es el supuesto más frecuente de privación, al ser también causa de malos tratos, y de privar de alimento a sus hijos por el gasto en droga y bebidas; *d)* Y los ejemplos perniciosos, que son el caso más delicado de juzgar como causa de peligro del menor. Éstos están casi ausentes en la jurisprudencia, a excepción del supuesto de que los padres sean miembros de una secta en la que existan claros factores de desintegración social para el menor (distorsión de la realidad, ritos y la improductividad sistemática, etc.); *e)* y los comportamientos delictivos de los padres, siempre que sean graves y repetitivos; *f)* la falta de dirección, de vigilancia y de consejo sobre los menores, en casos en los que el menor es abandonado a la calle, y expuesto a todo tipo de peligros morales y físicos; y *g)* en los casos en que los padres, cuyo hijo ha sido objeto de una medida de asistencia educativa, no han ejercitado «voluntariamente» durante dos años los atributos de la autoridad parental pudiéndolo hacer. Por el contrario, no han sido constitutivos de privación, entre otros, el solo hecho de estado mental frágil del padre (sentencia de la Corte de casación francesa de 14 de junio de 1998); una agresión sexual a un tercero; o por ausencia del padre.

Por último, en lo que se refiere a las consecuencias de la *retraite de l'autorité parentale,* la privación puede ser total o parcial, extendiéndose aquella a todos

los derechos de representación, administración de bienes, guarda, y consentimiento de la adopción, emancipación o matrimonio del menor, etc., respecto a todos los hijos menores ya nacidos en el momento del juicio (art. 379 CC); y extinguiéndose, igualmente, la obligación de alimentos del hijo respecto al padre. Frente a la privación parcial en la que el juez debe pronunciarse expresamente sobre los derechos parentales que se privan o limitan (por ejemplo, a veces se limita a la privación de la «guarda» del menor). Asimismo, si el otro cónyuge ha fallecido o ha perdido también el ejercicio, el juez, en consecuencia, deberá prever en la misma sentencia, bien nombrar a un tercero que ejerza la autoridad provisionalmente y a cargo de quién se encuentra requerir la organización de tutela del menor; o bien confiar al menor al servicio departamental del ASE, considerando al menor como *pupille d'État* si se ha producido la privación total de la autoridad parental (art. 380 CC). Finalmente, y al igual que para el supuesto de la delegación, se regula la restitución de la privación en el artículo 381 del Código Civil, cuyo contenido se califica por algunos autores de lacónico al condicionar la restitución a la justificación al juez de circunstancias nuevas; lo que no obsta para que el Ministerio Fiscal, en su caso, solicite medidas de asistencia educativa en orden a facilitar la restitución de los derechos (art. 381.3 CC).

2. Apunte al Derecho americano de protección de menores: *The Fostering Connections for Success and Increasing Adoptions Act* (2008)

La protección jurídica del menor en riesgo o en peligro en los Estados Unidos[60] se cifra en una continua lucha entre la inmunidad parental y la responsabilidad social, en la que habiendo siendo, históricamente, una batalla ganada a favor de los padres, en la actualidad se critica que las autoridades gubernamentales tengan un poder excesivo sobre la autoridad parental que, paradójicamente, no lleva aparejada una responsabilidad por actos negligentes al respecto (el Estado, como «último padre» que cuida de los menores de edad bajo el concepto de *parens patriae,* tiene el derecho de someter a los padres a la crítica pública y al examen legal). Y desde el punto de vista competencial, hay que precisar que, aunque la protección del menor es básicamente responsabilidad de los diferentes Estados (normativa de derecho penal y de derecho civil sobre abuso y negligencia en las relaciones paterno-filiales), el brazo ejecutivo y legislativo del Gobierno federal también juega un papel relevante en dicha protección (dado que el Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos provee de unos modelos legales a los Estados, y de servicios técnicos para que la normativa estatal sea acorde a los criterios federales). Por tanto, los jueces estatales y federales son ambos competentes para resolver acerca de la materia[61].

Tal y como se ha apuntado, el Derecho americano, como regla inveterada, ha defendido el criterio de *parental inmunity* en el ámbito civil y criminal, en

orden a aplicar el derecho de los padres a disciplinar a sus hijos de acuerdo a sus creencias religiosas o culturales. Si bien, el caso *North Carolina case of State v. Jones* —95 N.C, 588, 1886— ilustró el cambio de orientación que se iba a producir a finales del siglo XIX o inicios del siglo XX en el sentido de que los padres tienen el derecho básico de cuidar a sus hijos, pero que los derechos parentales no son ilimitados (GRAVEN, 1990, pág. 155). Pues dicho principio de inmunidad fue matizado por el juez en dicho caso en el que, ante el maltrato físico severo a su hijo (habiéndole causado la dislocación de la articulación del pulgar), bajo el argumento de corregir su desobediencia, se concluye que dicho derecho «no puede ser excesivo ni cruel», de modo que el padre fue declarado culpable criminalmente. Es cierto que otras muchas sentencias se seguían negando a considerar el castigo severo, incluso, como un acto criminal, en base a que dichos actos han de dejarse al *family goverment,* siendo sorprendente que en 1998 en el Sur del Estado de Carolina unos padres alegaran el Antiguo Testamento como justificación por haber pegado a su hija de trece años muy severamente, dado que esta les había mentido acerca de haber ido a la fiesta de unos amigos. Y aunque el juez no aceptó la justificación de los padres, afirma en la sentencia, sorprendentemente, que los padres querían a su hija, pues le hacen sufrir para que aprenda[62]. Incluso, el criterio cultural fue el utilizado para la defensa en el caso de New York, *Dumpson v. Daniel M* [N.Y. Law, J, at 17, c 7 (16 oct. 1974)] en el que el Comisionado de Servicios Sociales en Nueva York accionó, finalmente, para la privación de la custodia de los tres hijos de un matrimonio por el uso excesivo de castigos a uno de ellos. El padre (taxista y estudiando para graduarse en ingeniería en Brooklyn College) y la madre (profesora de química y biología en High School) justificaron pegar a su hijo de siete años «con sus manos, un cinturón y sus pies», porque su bajo rendimiento en la escuela era una vergüenza para la familia, y de acuerdo con la cultura nigeriana si esto ocurre los padres pueden castigar severamente al hijo. Finalmente, la Corte de Nueva York declaró el castigo excesivo, y fue considerado negligente, mandando que los padres recibieran tratamiento y consejo, y ordenó que le devolvieran la custodia de tres de los cuatro hijos respecto a los que se les había privado temporalmente de su custodia, excepto la del menor maltratado.

En definitiva, la reacción legal en Estados Unidos se produjo a raíz de diferentes casos de violencia a menores en los años sesenta, y la influencia de la publicación de un estudio de investigación por el doctor C. Herny Kempe's sobre el «síndrome del menor maltratado», que hizo que se regulara la intervención estatal en las relaciones parentales y la protección del menor se convirtiera una cuestión pública en los comienzos de los años setenta. En primer lugar, la *Mandatory Child Abuse Reporting Law* de 1963 definió y acotó el ámbito y el número de profesionales que podían denunciar el abuso, lo que se ha ampliado en la actualidad en la mayoría de los Estados a todo profesional (por ejemplo, en Código Penal de California, 1990).

En la aplicación práctica de dicha normativa, dado que el número de casos de desprotección aumentaba considerablemente, los servicios de protección, una vez retirada la custodia del menor, veían cumplida su misión cuando establecían el acogimiento al menor, que se hacía casi permanente al no hacerles un seguimiento ni un control de su duración. De tal modo que la realidad constataba dos problemas que adolecían de falta de regulación: por un lado, el aumento de la edad de los menores era proporcional a la dificultad en su adopción, pues las familias que les acogían no podían financiar la adopción; y por otro lado, los menores que podían ser adoptados seguían bajo la autoridad parental de sus padres.

En consecuencia, y en un intento de dar solución a los problemas enunciados, se promulgaron en los años setenta el *Model Subsidized Adoption Act,* como el *Model Act to Free Children for Permanent Placement.* Aunque aquella tuvo por finalidad otorgar beneficio financiero a los niños candidatos a una adopción por aquellas familias con dificultades para ello, se constató en la práctica que dichos niños no adoptables (entre seis y doce años, y que pertenecían a grupos con muchas dificultades, por padecer problemas físicos por maltratos o emocionales y de comportamiento, y por pertenecer a grupos éticos o marginales) seguían sin serlo, pues el aumento fue casi insignificante. Por otra parte, la segunda ley citada tuvo por finalidad regular el proceso judicial para privar de la autoridad parental a los padres en orden a que el menor pudiera ser adoptado o acogido de forma permanente; promover acogimientos permanentes de menores privados de la custodia y autoridad de sus padres; y todo esto dentro del marco que asegurara los derechos e intereses constitucionales de cada parte. Si bien, la misma no fue traspuesta por los Estados dada la crisis a la que, en realidad, se enfrentaba el sistema acerca de los acogimientos.

Así las cosas, lo cierto es que, ante los esfuerzos de quién sería el Vicepresidente de Estados Unidos, el senador Walter Mondale, el Congreso respondió al reto de la crisis apuntada con la promulgación de la *Child Abuse Prevention and Treatment Act of 1974,* que introdujo dos novedades de interés: por un lado, la creación del *National Centre on Child Abuse and Neglect*, y por otro la fijación de unos estándares mínimos para el funcionamiento del sistema de protección del menor[63]; y que se convirtió, finalmente, en Ley en 1980 a través de la *Adoption Assistance and Child Welfare Act,* que tuvo por principal objetivo enfrentarse al conflicto que nacía del desamparo del menor, entre los derechos paterno-filiales en educar a su hijo y la responsabilidad social en proteger a los menores. Esta ley mejoró, en definitiva, en los siguientes aspectos de interés: *a)* otorgar ayudas suficientes a las familias en riesgo para prevenir que los hijos entren en el sistema estatal de acogimiento; *b)* mejorar la provisión de servicios del sistema de acogimiento; *c)* y tener como fin, bien el retorno del menor a su familia, como la adopción del mismo; *d)* y, lo más importante, es que introdujo el concepto y la exigencia por los servicios sociales del «esfuerzo

razonable» para prevenir que a los padres les retiren la custodia de sus hijos, ofreciendo para ello, tanto a los padres (por ejemplo, servicios de rehabilitación de drogas, aporte psicológico, consejo, etc.), como al menor servicios para dicha prevención, como para que los menores retornaran a la familia. Asimismo, dichos servicios establecían un plazo de dieciocho meses para que la familia aprovechara dicha ayuda y al que condicionaban la vuelta del menor o, en caso contrario, la privación de la autoridad parental. *e)* Incluso, la ley obligaba a los Estados para que estos establecerieran un proceso, administrativo o judicial, de revisión de los casos cada seis meses.

Finalmente, a finales de 2008 el Congreso de los Estados Unidos ha promulgado una Ley que se califica como la reforma más significativa en treinta años sobre el sistema de protección del menor vulnerable, *The Fostering Connections for Success and Increasing Adoptions Act*[64], que se ha centrado en solventar ciertas problemáticas, aún no resueltas, que el sistema revela y que se han acentuado por la crisis económica en la que estamos inmersos: por un lado, que un número significativo de los menores, de los más de 800.000 que al año entran en el sistema de acogimiento en Estados Unidos, ni vuelven con su familia, ni son adoptados; y, por otro, que los adolescentes salen del sistema sin apenas ayuda para su futuro inmediato y sin ninguna familia de referencia.

En cualquier caso, como siempre, la bondad de la ley dependerá de que los Estados implementen las medidas establecidas, las cuales son, entre otras, las siguientes: *a)* el establecimiento de un sistema de transición de acogimiento hasta la edad de veintiún años; *b)* extremar los esfuerzos para que los hermanos estén juntos o, al menos, que tengan un contacto significativo; *c)* otorgar ayuda económica a la familia extensa cuidadora de niños cuyos padres tienen dificultades (a dichos cuidadores les otorga una importancia capital y le dan preferencia frente al acogimiento de familias ajenas a la extensa y a la institucional); *d)* incentivar la adopción de menores, incluidos aquellos con necesidades especiales; *e)* incrementar recursos para la formación de profesionales del sector; *f)* y, una novedad de gran interés que dota de más equidad al sistema, extender los recursos al sistema de protección del menor de las tribus nativas americanas acorde a sus principios y cultura; así como, ayudar en los supuestos de familias inmigrantes en dificultades (elaboración de protocolos, y derecho a la asistencia, en todo momento, a una traducción en su idioma, etc.)[65].

No obstante, dado que la Ley se centra, principalmente, en el sistema de acogimiento cuando la custodia o la autoridad parental se ha retirado a los padres, desde algunas Fundaciones estatales, como *Casey Fondation,* junto con el Centro para el Estudio de Política Social se trabaja en la prevención, dotando a los Estados financieramente para ayudar a las familias a solucionar sus problemas y evitar el riesgo de la separación del menor de sus familias: así, por ejemplo, a través del *Earned Income Tax Credit* —EITC— programas especiales de ahorro a las familias —*smart CD*—[66], y programas de préstamos a bajo interés en

unión con Fundaciones de desarrollo de familias de economía rural para poner en marcha pequeños negocios —los llamados *cross-program collaboration*—y para ayudar a integrar el sistema de protección del menor con las estrategias de ayuda a la economía familiar[67].

VI. PROPUESTAS DE CAMBIO

A tenor de lo expuesto hasta ahora se puede constatar que, según los Tribunales españoles, en orden a respetar los principios constitucionales y normativa internacional sobre la protección de menores, siempre que sea posible (y no exista una situación grave de desasistencia moral y/o material, *sino de riesgo*) deberán aplicarse ayudas de carácter psico-social, personal o económico, utilizando medidas que no impliquen la separación del menor de su hogar, sin perjuicio de que si tales medidas no obtienen los resultados deseados en un tiempo prudencial, tendrá que adoptarse en el caso concreto otra medida. En otras palabras, los jueces y Tribunales, desde el momento en el que comienzan a conocer la oposición a las resoluciones administrativas de desamparo, han venido proclamando que las Administraciones Públicas deben interpretar el concepto de desamparo de forma restrictiva, y que solo procede que la Administración asuma la tutela del menor en los casos más graves, esto es, cuando se produzcan carencias graves en la satisfacción de las necesidades básicas del menor que dificulten o limiten su desarrollo físico, psíquico o social.

En definitiva, esta doctrina jurisprudencial fue la que abrió el camino a la incorporación a nuestro Ordenamiento de la distinción entre situaciones de riesgo y de desamparo, teniendo como fundamento el derecho que asiste al menor a vivir con su familia, así como el derecho del menor y sus padres o tutores al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950)[68].

1. Importancia de la «creación de escalas de detección de menores en riesgo»

De la aseveración transcrita en el párrafo anterior, y de las resoluciones judiciales, se desprende la delicada distinción de las situaciones de riesgo de las de desamparo; dificultad que se agrava por el desajuste entre profesionales administrativos y jueces, entre otras razones, al utilizar lenguajes técnicos distintos que impiden una comprensión mutua e interfieren en su comunicación en orden a clarificar ante qué supuesto estamos, si de riesgo o de desamparo. Si bien, en algunos estudios puntuales se aluden a diversos factores a tener en cuenta: por un lado, *el tipo y características de la desprotección* (alcance e intensidad), siendo, por ejemplo, desamparo una situación en la que exista una

alta probabilidad de que se produzca de forma inmediata un episodio severo de malos tratos; y por otro, *las circunstancias del propio menor* (la falta o no de capacidad del menor para autoprotegerse y buscar ayuda; mantener o no una relación positiva o segura con algún miembro de su entorno familiar; la existencia o no de problemas emocionales y conductuales graves, etc.); sin olvidar las *características del entorno socio-familiar* (reconocimiento de la situación o falta de conciencia sobre el mismo por los padres; y la disposición o no de estos a colaborar, etc.)[69].

En consecuencia, abordo sucintamente la cuestión de la ambigua línea que en ocasiones divide la situación de riesgo de la del desamparo de un menor, frente a las graves consecuencias que produce una errónea calificación en el derecho a la integración familiar y prioridad de la familia natural de dicho menor; planteándome por ello, por otra parte, la necesidad de que se fomente la creación por los profesionales del sector de ciertos instrumentos o escalas que, del modo más objetivo posible, discriminen ambas situaciones, y sirvan a la eficacia y bondad de la Administración Pública en dicha tarea. Al respecto, no hay que ignorar que el *Plan de la Infancia y de la Adolescencia* (2013-2016) aprobado por el Gobierno español en abril del 2013, va a conllevar modificaciones de diferentes textos legales, proponiendo el Gobierno, por primera vez, definir en una norma estatal las llamadas situaciones de riesgo y desamparo. Y en conexión con la materia de protección del menor desamparado, se atenderá a las necesidades especiales de estos niños (sanitarias y educativas), priorizando siempre la integración en un núcleo familiar de los menores de tres años[70].

En cualquier caso, es loable y muy interesante aludir a la propuesta de instrumentos de reciente elaboración para superar dicho desajuste, como la escala EDEMER (escala de detección de menores en riesgo) realizada por los Servicios Sociales Comunitarios de la Diputación Provincial de Málaga en colaboración con la Universidad de Málaga (experiencia piloto y que llevan casi una década utilizando)[71], que constituye un intento de interpretación de las situaciones de riesgo de desprotección previstas por la Ley 1/1996. Presenta una escala en la que se vierten los datos del menor, datos que se reflejan en un gráfico donde podemos contemplar el perfil que ofrece la situación del menor con unos valores prefijados, validadas estadísticamente. Aporta pautas orientativas para la toma de decisiones que nos ayudarán a encuadrar al menor en una determinada situación de riesgo mediante criterios homogéneos en tanto suponen un lenguaje común[72]. En sentido parecido y bajo la perspectiva de los modelos preventivos, existe una propuesta de planificación estratégica de la Diputación de Barcelona, con la colaboración de la Federación de Entidades de Atención y Educación a la Infancia y la Adolescencia (FEDAIA), que configura un punto de partida en la voluntad de proporcionar protocolos e instrumentos para la creación de redes de prevención, detección y acción a la infancia y la adolescencia en riesgo social para las administraciones locales[73].

En definitiva, dichos protocolos solo se utilizan a nivel provincial de servicios comunitarios, dada su competencia en la protección de los menores en riesgo, a diferencia de los menores en desamparo cuya competencia es de la Administración autonómica, en este caso, la Junta de Andalucía. Si bien, estimo que sería de gran valor la iniciativa de presentar y dar a conocer (para posterior trabajo conjunto) dichas escalas, tanto a nivel de la Administración autonómica, como del poder judicial en orden a homogeneizar respuestas. Es un camino que queda aún por andar.

2. La relevancia de las causas imputables o no, por negligencia, a los padres en el incumplimiento de los deberes paterno-filiales

A) *Referencia a la Ley italiana de 8 de mayo de 1983; la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo,* de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia; *y los criterios alternativos de la Ley francesa de 5 de marzo de 2007*

Si la conclusión a la que en líneas anteriores se ha llegado, es la importancia de delimitar las situaciones de riesgo de las de desamparo sobre la base del principio de subsidiariedad progresiva que informa las obligaciones legales de los responsables del menor, se hace preciso matizar que en la calificación de la situación de desamparo la mayoría de la doctrina española y la jurisprudencia sigue un concepto absolutamente objetivo, al punto de atender solamente a los hechos externos. Existiendo, por el contrario, doctrina civilista que considera importante, en orden a decidir la pertinencia o no del desamparo, valorar las causas, negligentes o no, e intenciones de los padres (manifestadas o no en actos concluyentes), así como el carácter reversible o no de las causas. Pues en ciertos supuestos el bien del niño exigirá el sometimiento de la familia a tratamiento (en tanto sea posible) aún en contra de su voluntad[74].

En dicho sentido, en base al mismo principio de subsidiaridad progresiva citado y más allá de la idea recogida en el párrafo anterior, considero que la desasistencia del menor derivada del hecho de que los padres no puedan cumplir sus deberes paterno-filiales, sin ser negligentes en ello, sino por causa de fuerza mayor, y reversible (reversibilidad que, a mi parecer, está condicionada por la falta o no de diligencia de los padres, dado que si no hay negligencia y, por tanto, existe una voluntad de los padres de colaborar con la Administración en orden a superar sus problemas, la recuperabilidad será más probable), no debería de ser un supuesto subsumible automáticamente en el desamparo con la consecuente suspensión total del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos. Como, por el contrario, se constata, en algunas de las sentencias que rescato de las ya apuntadas a lo largo del trabajo; entre ellas, en la sentencia de la

Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de septiembre de 2007 *(AC* 2007/836), que declaró el desamparo respecto a una madre que no podía cumplir con dichos deberes, pues la misma padecía un deterioro físico importante al ser portadora de VIH, y manifestaba que no quería que sus hijos presentaran graves carencias alimenticias e higiénicas; o en la SAP de Álava, de 7 de julio de 1994 *(AC* 1994/1198), que ratifica la decisión de desamparo de los menores en un caso en el que los padres tenían desasistidos a sus hijos por falta de recursos económicos, de un hogar familiar y por la desintegración de la vida en común de los padres; en sentido parecido a la SAP de Madrid 10 de febrero de 2012 *(JUR* 2012/106257), en la que el Tribunal alude a que existe desamparo aunque no se pueda hacer ningún reproche a la madre (habiendo solicitado previamente la guarda asistencial a la Administración), pues la imposibilidad del cumplimiento es por causas económicas, queriendo la madre continuar ejerciendo la patria potestad. Casos, estos, de los que se desprende que las causas que provocaban el incumplimiento (económicas, de enfermedad, o de trabajo) eran ajenas a la desidia de los padres; antes al contrario, estos manifiestan querer cumplir con sus deberes respecto a sus hijos pero no poder, los que llegan a estar, es cierto, en una situación de desasistencia[75].

En estos supuestos, a mi parecer, no debería nacer, por ministerio de la ley, la tutela de la Administración, sino, entre otras soluciones, la mera guarda asistencial *ex* artículo 172.2 del Código Civil. Esta figura, como es sabido y aunque no podemos profundizar en la misma, solo nace en España a petición de los progenitores ante la Administración, y su concesión tiene por consecuencia que la entidad pública asuma solamente la guarda o custodia del menor (convivencia, velar por él, alimentarle) y el derecho a ejercitar los derechos y deberes derivados de esta, pudiendo los padres seguir ostentando el ejercicio de la patria potestad o toma de decisiones más transcendentales respecto al ámbito personal y patrimonial de su hijo, esto es, la representación del menor, la responsabilidad de administrar debidamente sus bienes y, por supuesto, el derecho de visitar al menor[76].

Esta propuesta la mantengo por las razones que se expondrán a continuación, y a pesar de que se pudiera, en principio, contraargumentar que el legislador español, por medio de la Ley de Adopción Internacional de 2007, ha otorgado una solución a dichos casos a través de la concesión del plazo de dos años para que los padres, por cambio de circunstancias por haber superado las dificultades, puedan solicitar a la Administración que cese el desamparo y puedan recuperar al menor. Pues esta modificación afecta al supuesto de hecho del desamparo, y no a la consecuencia jurídica que es lo que estamos tratando.

Considero, por tanto, que sería razonable y necesario acometer una reforma legal del tenor de la norma española, trayendo para ello como elemento de reflexión normativas jurídicas de nuestro entorno: por un lado, el que nos aporta el Derecho italiano (aunque con las matizaciones debidas, al no referirse

al supuesto del desamparo estrictamente sino al de adoptabilidad del menor). En concreto el artículo 8 de la Ley italiana de 4 de mayo de 1983, *sobre el derecho del menor a tener una familia* (en los mismos términos que el art. 5 de la Ley de 28 de marzo de 2001)[77], que establece que el menor no está en estado de adoptabilidad, cuando a pesar de probarse la situación de abandono de los menores, ya que carentes de asistencia moral y material por parte de los padres o de los familiares que deben ocuparse de él, se constate que dicha falta de asistencia se deba a un motivo transitorio de fuerza mayor. Y, por otro, una normativa que presenta concomitancias con el precepto italiano, el artículo 165 de la derogada Ley catalana 9/1998, de 5 de julio, del *Código de Familia catalán*, que persiste en los mismos términos en la actual Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, *de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia,* en el sentido de que: *«Si el desamparo se debe a fuerza mayor de carácter transitorio, la entidad pública ejerce solo la guarda mientras se mantenga la situación».*

Incluso, la proposición que mantengo también puede encontrar cierto apoyo en las previsiones legales del modelo francés apuntado. Este se basa, en resumen, en la posibilidad, en mi opinión favorable y útil, de que las autoridades judiciales (pero pudiéndose hacer parangón con los poderes administrativos en España) puedan intervenir en supuestos de desprotección del menor (por imposibilidad, desinterés o relajación en el cumplimiento de los deberes paterno-filiales) haciendo disponer u otorgando poderes progresivos al tercero, según las circunstancias, esto es, a quién se delega el ejercicio de la patria potestad (entidad pública, entre otros). En concreto, el legislador francés, según hemos visto, ha previsto para casos de desasistencia del menor que el tercero solo tenga la guarda, y los padres continúen con la patria potestad; y si los padres agravan el incumplimiento, el juez puede delegar, a petición de los Servicios Sociales, la autoridad parental a un tercero. Incluso, una medida novedosa que estimo loable y equitativa en la defensa de los intereses, tanto de la familia y del menor, es la posibilidad de permitir arbitrajes para determinar el contenido de los poderes paternales que se suspenden y cuáles no (se podría entender como una especie de «mediación») entre los padres biológicos, o los delegantes de la patria potestad aún de modo impuesto, y los delegatarios, esto es, la Administración, en incluso según la ley francesa un tercero persona física o jurídica. Incluso, tal y como se recogió en el epígrafe anterior, se permiten revisiones de los pactos que se concluyan entre ambas partes y, todo en aras del mayor interés del menor.

B) *A modo de conclusión: crítica al sistema objetivo: la posibilidad de la guarda automática de la Administración y otras soluciones alternativas*

En cualquier caso, y a tenor de la justificación acorde con las peculiaridades de las previsiones legales citadas, propongo, en base al principio de subsidiariedad progresiva, una norma jurídica española que establezca que si el desamparo es debido a un caso de fuerza mayor de naturaleza temporal (prisión, enfermedad, situación económica, etc.) la entidad pública asuma de manera automática solamente la guarda asistencial y no la tutela del menor. Y que se reflexione o se tenga en cuenta la oportunidad de introducir la posibilidad de que la suspensión del ejercicio de la patria potestad no sea total, y se permitan mediaciones entre los padres y la Administración en orden a pactar el contenido de la delegación, y que las mismas sean revisables.

Más en concreto, considero que siempre que la desasistencia se deba a motivos económicos o de salud, se debería aplicar por la Administración en primer lugar, las ayudas (psico-sociales, personales y económicas) que no impliquen una separación del menor de su familia. Y solo en el caso de que dichas medidas no sean efectivas sin la separación del menor, al haberse agravado la situación por la ignorancia de los padres (pues puede darse el caso) acerca de haber podido solicitar la guarda asistencial a la Administración, y que incumplan los deberes paterno-filiales sin negligencia, se debería asumir automáticamente por la Administración *ex lege* solo la guarda y no la tutela automática. En virtud de lo expuesto, solo el caso más extremo en el que el incumplimiento sea por negligencia (no haya colaboración), y las causas no se prevean reversibles de ningún modo sería causa de desamparo, y nacería automáticamente la tutela automática o *ex lege* de la Administración.

Pues, ¿si existe una razonable voluntad de los padres en querer superar y cumplir con los deberes de sus hijos, qué sentido tiene una total suspensión del contenido de la patria potestad, y que estos no tengan poder de decidir nada respecto a la vida del menor, aun habiendo llegado a estar este en desasistencia? ¿No sería, en principio, suficiente como la separación del menor y la asunción de la guarda por la Administración? Pues, a pesar de la situación de peligro del menor y de que el juez adopte medidas de asistencia y protección, a los padres, como regla general, no se les debería suspender del ejercicio total de la patria potestad, antes al contrario, sería beneficioso para su misma autoestima y superación de los problemas que siguieran implicados en la toma de decisiones de sus hijos, o en cierta toma de decisiones. Asimismo, y aunque estemos ante casos de diferente naturaleza, y por tanto sin querer hacer analogía, se puede decir que, al igual que para el ámbito de las incapacidades, se ha constatado (a través de la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad de 2006 ratificado por el Estado español) que la incapacitación judicial en términos absolutos no es acorde con la dignidad de la persona, siendo más respetuosa

con esta la imposición de medidas de apoyo a la capacidad del sujeto[78]; en este campo, siempre que sea posible, la suspensión de la patria potestad debería ser excepcional y el mantenimiento de la autoridad la regla general, dejando la suspensión total para los supuestos de privación temporal o definitiva ante los incumplimientos más extremos, culposos y no reversibles (por haber cometido, por ejemplo, un delito contra el menor de maltrato, abuso, etc.).

Esta propuesta, por último, encuentra respaldo en el carácter gradual y flexible de la actuación administrativa, y en que, tanto los intereses del menor como los de su familia hayan de ser protegidos *ex* artículo 39 de nuestra Constitución; en cuyos términos se pronuncia la Recomendación de la Comunidad Económica Europea 92/C287/08, de 1 de julio de 1992 *(JO* 11/04/1992).

VII. CONCLUSIONES

I. La protección jurídica del menor de edad ha de respetar el equilibrio en la defensa de dos principios esenciales, de protección constitucional e internacional: que la familia es la primera responsable del menor, y complementando a este, que el interés superior del menor exige, a veces, la protección especial del Estado.

II. El equilibrio citado puede romperse en el momento previo de análisis de una situación de riesgo o peligro para el menor, calificando de desamparo (del que debe acometerse, según doctrina jurisprudencial, una interpretación restrictiva en orden a la protección de la vida familiar —art. 8 de la Convención Internacional de los Derechos Humanos—), de lo que sería una situación de riesgo.

III. En orden a evitar una errónea calificación, parece ser intención del legislador crear estándares normativos para discriminar ambas situaciones. No obstante, mientras tanto, se ha de fomentar las propuestas de creación de instrumentos para superar dicho desajuste, los que, en la práctica y de modo puntual, están siendo utilizados por algunos servicios comunitarios.

IV. El sistema de protección del menor en Francia, sobre todo a raíz de la Ley de 5 de marzo de 2007, *portant réforme de la protection de l'enfance,* se basa en unas medidas de constitución judicial basadas en la subsidiariedad progresiva de las mismas.

Es de valorar que, a diferencia de la regulación española, algunas medidas de *assistence éducative,* que implican que ante una situación de riesgo se produzca la separación del menor de su familia, sin embargo, no impliquen la suspensión de la autoridad parental (con ciertas excepiones valoradas caso por caso). Y que, en relación a la medida de *delegation de l'autorité parentale* impuesta a los padres, aunque la misma implica la suspensión de la autoridad parental permite ciertos arbitrajes y acuerdos en orden a determinar la extensión de la misma.

V. Considero criticable el sistema objetivo español en orden a valorar el incumplimiento de los deberes paterno-filiales, proponiendo que el juez tenga en cuenta las causas imputables o no por negligencia a los padres del incumplimiento de los deberes paterno-filiales, en orden a la medida en concreto que deba ser adoptada.

Las razones económicas y de salud no deberían implicar una suspensión de la patria potestad (Recomendación de la CE 92/C287/8/50).

VI. Propongo de *lege ferenda,* por una parte, la creación de una norma que establezca, inspirada en el Derecho Civil italiano y catalán que, «si el desamparo se debe a fuerza mayor, la entidad pública ejerza automáticamente no el desamparo, sino la guarda asistencial mientras se mantenga la situación». Y por otro, que los casos más graves la suspensión de la patria potestad no tenga por qué ser total en todos los supuestos (se permitan mediaciones entre la Administración y los padres en orden a pactar el contenido de la medida), y que las mismas sean revisables.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STEDH de 14 de enero de 2003 *(JUR* 2003/50027).
- STC de 3 de octubre de 1994 *(EDJ* 1994/8153).
- STC de 25 de noviembre de 2002 *(RTC* 2002/220).
- STS de 31 de diciembre de 1997 *(RJ* 1997/9195).
- STS de 29 de diciembre de 1998 *(RJ* 1998/9980).
- STS de 10 de febrero de 1999 (Iustel 240254).
- STS de 3 de mayo de 2001 (Iustel 308585).
- STS de 29 de junio de 2001 *(RJ* 2002/1470).
- STS de 9 de julio de 2002 (Iustel 330814).
- STS de 27 de noviembre de 2003 (Iustel 2119867).
- STS de 23 de mayo de 2005 (Iustel 23803).
- STS de 10 de noviembre de 2005 (Iustel 245639).
- STS de 6 de septiembre de 2005 *(RJ* 2005/6745).
- STS de 17 de febrero de 2012 *(RJ* 2012/39241).
- STSJ de Cataluña, de 7 de mayo de 2012 *(RJ* 2012/11112).
- SAP de Álava, de 7 de julio de 1994 *(AC* 1994/1198).
- SAP de Valencia, de 12 de febrero de 1996 *(AC* 196/375).
- SAP de Sevilla, de 23 de noviembre de 1999 *(AC* 1999/8672).
- SAP de Jaén, de 10 de enero de 2001 *(EDJ* 2002/5196).
- SAP de Cádiz, de 19 de mayo de 2001 *(JUR* 2001/303272).
- SAP de Sevilla, de 8 de marzo de 2002 *(AC* 2002/260).
- SAP de Barcelona, de 16 de marzo de 2002 *(AC* 2002/1027).
- SAP de La Coruña, de 17 de marzo de 2003 *(JUR* 2003/205513).

- SAP de Badajoz, de 21 de abril de 2003 *(JUR* 2003/131304).
- SAP de Valencia, de 30 de abril de 2002 *(JUR* 2002/185690).
- SAP de Burgos, de 3 de diciembre de 2003 *(JUR* 2003/43091).
- SAP de Barcelona, de 20 de enero de 2004 *(EDJ* 2004/4376).
- SAP de Vizcaya, de 21 de julio de 2004 *(JUR* 2004/305912).
- SAP de Cádiz, de 26 de julio de 2004 *(ARP* 2004/571).
- SAP de Álava, de 14 de febrero de 2005 *(JUR* 2005/97462).
- SAP de Barcelona, de 19 de abril de 2005 *(JUR* 2005/172399).
- SAP de Álava, de 10 de noviembre de 2005 *(JUR* 2006/58357).
- SAP de Murcia, de 6 de febrero de 2006 *(AC* 2006/161498).
- SAP de Islas Baleares, de 30 de marzo de 2006 *(JUR* 2006/160014).
- SAP de Murcia, de 25 de abril de 2006 *(AC* 2006/906).
- SAP de Zaragoza, de 2 de noviembre de 2006 *(JUR* 2006/117982).
- SAP de Madrid, de 14 de septiembre de 2007 *(AC* 2007/836).
- SAP de Alicante, de 29 de enero de 2008 *(JUR* 2008/192746).
- SAP de Madrid, de 10 de febrero de 2012 *(JUR* 2012/106257).
- SAP de Barcelona, de 23 de abril de 2013 *(JUR* 2013/191287).
- SAP de Madrid, de 7 de mayo de 2013 *(JUR* 2013/195775).
- SAP de León, de 21 de junio de 2013 *(JUR* 2013/249158).

BIBLIOGRAFÍA

Asensio Sánchez, M. A. (2006): *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor,* Madrid, Tecnos.

Bercovitz-Cano, R. (2000): «¿Protección de menores *versus* protección de progenitores?», en *Actualidad Aranzadi,* marzo, págs. 11 y sigs.

Besharov, D. J. (1978): «The legal Aspects of Reporting Known and Suspected Child Abuse and Neglect», 23, en *Vill. L. Rev.,* pág. 458.

Corral García, E. (2003): «El derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción familiar», en *Actualidad Civil,* núm. 2, 1987-2008.

Chabas, F. (1997): «Obs. Cass. crim. de 10 de octubre de 1996», en *JCP G.* II, págs. 1987 y sigs.

Chenedé, F. (2004): «Obs. TGI Nice, 8 juillet 2003, 7 avril 2004, 30 juin 2004», en *AJ Famille*, págs. 453 y sigs.

De Palma del Teso, Á. (2006): *Administraciones Públicas y protección a la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados,* Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública.

De Torres Perea, J. M. (2008): *Interés del menor y Derecho de Familia (una perspectiva multidisciplinar),* Madrid, Iustel.

— «Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán (2006)», en *Anuario de Derecho Civil,* fasc, II, abril-junio, págs. 669 y sigs.

DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. (1999): «Rénoveler le Droit de famille: propositions pour un Droit adapté aux realités et aux aspirations de notre temps», en *Doc. Française,* págs. 90 y sigs.

ESCRIBANO TORTAJADA, P. (2009): «Los conceptos de desamparo y situaciones de riesgo desde la perspectiva de nuestros Tribunales», en *Actualidad Civil,* núm. 12, tomo 1, págs. 1357 y sigs.

FERRER, F. (2002): «Responsabilidad paterna por violación de los deberes de asistencia y educación», en *Revista de Derecho de Daños,* núm. 2, 2002, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, págs. 346 y sigs.

FERRER I RIBA, J. (2003): «Relaciones familiares y límites del Derecho de daños», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo,* tomo II, Madrid, Thomson & Civitas, págs. 1860-1861.

FOSSIER, T. (2001): «*Obs. Civ,* 1.ère, 23 javier 2001», en *Juris-classeur périodique,* I, pág. 332.

FOSSIER, T., GRATADOUR, H. E. (2008): *L'autorité parentale. Les guides d l'intervention sociale* (collection dirigée par Sophie COURAULT). Issy —les— Moulineaux: ESF éditeur.

— «Fostering Connections Act Promeses New Opportunities for Children Welfare Reform», en *Voice,* 2009, volum. 10, issue two [en línea], disponible en http://www.aecf.org/~/media/Pubs/Other/V/VoiceSpring2009Volume10Issue2/voice2009spring.pdf.

FULCHIRON, H. (1990): «L'exercise de l'autorité parentale en cas de décès d'un des parents», en *Juris -classeur Périodique. La semaine,* I., págs. 342 y sigs.

GAREIL, L. (2004): *L'exercise de l'autorité parental,* Montcherein, LGDJ.

GOUTTENOIRE, A. (2011): *La prise en charge de l'enfant d'autri,* en Documento al que he tenido acceso durante mi estancia en el Centre de Derecho de Familia en la Universidad de Lyon III, págs. 1-9.

— (2007): «La loi du 5 mars 2007 relative à la protection de l'enfance: la recherche de nouveaux équilibres», en *Dalloz,* págs. 1090 y sigs.

HAUSER, J. (2005): «Obs. Rennes janvier 2005», en *RTD.civ,* págs. 378 y sigs.

HUYETTE, M.; ROZENCZVEIG, J. P.; FOSSIER, T.; COPART, A.; GOUTTENOIRE, A.; RADÉ, C.; LASBATS, A., y MARIENBURG-WACHSMANN, A. (2007): «Dossier placement de l'enfant», en *AJ Famille.* Février, págs. 54 y sigs.

INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO (2011): *¿Menores o adultos?: procedimientos para la determinación de la edad,* disponible en http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Menores-O-Adultos-Procedimientos_para_la_determinacion_de_la_edad-vOPT.pdf, págs. 170 y sigs.

INFORME SOS RASCISMO (2012): *Menores inmigrantes no acompañados,* disponible en http://www.sosracismomadrid.es/web/alter/informeanual2012.pdf, págs. 241-257.

KATZ, S. N. (1998): «Parental rights and social responsability in American Child Protection Law», en *The changing family. Family Forms & Family Law.* Belgium, John Eekelaar, págs. 433-449.

— (2007): *Rapport de la défenseure des enfants pour l'année* [site internet de la défenseure des enfants], disponible en http://www.defenseurdesenfants.fr.

LÓPEZ SÁNCHEZ, F.; LÓPEZ B.; FUERTES J.; SÁNCHEZ, J. M., y MERINO, J. (1995): *Actuaciones frente a los malos tratos y desamparo de menores.* Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales.

MARÍN LÓPEZ, M. J. (2005): «Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten», en *Derecho Privado y Constitución,* núm. 19, enero-diciembre, págs. 209 y sigs.

MARTÍN CASALS, M.; RIBOT J., y SOLÉ FELIU, F. L. (2007): «Children as victims under Spanish Law», en *Children in Tort Law,* Part. II. *Children as Victims, Tort and Insurance Law,* vol. 18. Viena, Springer-Verlag, págs. 225 y sigs.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (1992): «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLV, fascículo IV.

MORENO TORRES-SÁNCHEZ, J. (2005): *El desamparo de menores,* Pamplona, Thomson-Aranzadi.

MURAT, P. (2005): «Obs. TGI Paris, 2 juillet 2004», en *Droit de la famille,* n. 1, pág. 52.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2009): «El desamparo: resoluciones administrativas, sentencias judiciales y reformas legales», en M. P. RUBIO (coord.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río,* Madrid, Civitas, págs. 709 y sigs.

— (1999): «La desprotección social del menor: una visión general en materia de instituciones de protección de menores», en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley orgánica de Protección del Menor. Jornadas de Derecho Civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi.* La Coruña, Universidad de La Coruña, págs. 26 y sigs.

PÉREZ MARTÍN, A. J. (1998): *Adopción, acogimiento, tutela y otras Instituciones de Protección de Menores,* Valladolid, Lex Nova.

PRATS CANUT, J. M. (2005): «Comentario al artículo 226 del Código Penal de 1995», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.): *Comentarios al nuevo Código Penal.* Pamplona, Thomson Aranzadi, págs. 1183-1184.

ROCA I TRÍAS, E. (1999): *Familia y cambio social.* Madrid, Cuadernos Civitas.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. (2009): *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales.* Madrid, Thomson Reuters.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. (1988): «La tutela *ex lege,* la guarda y el acogimiento de menores (I)», en *Actualidad Civil,* núm. 2, págs. 70 y sigs.

SÁNCHEZ CAPELASTEGUI, L. (2006): *La privación de la patria potestad.* Barcelona, Atelier.

SÁNCHEZ REDONDO, J. M. (2001): «Toma de decisiones. El plan de caso», en J. Paul OCHOTORENA y M. I. ARRUABARRENA (coords): *Manual de protección infantil,* Barcelona, Madariaga, págs. 245 y sigs.

SERRANO CASTRO, F. y OCAÑA RODRÍGUEZ, A. (2005): *En busca de una más adecuada regulación del régimen de protección de menores. Propuesta de reforma del Código Civil y de la LEC* [en línea], disponible en http://prodemi.org/Informes.

SEVILLA BUJALANCE, J. L. (2002): *El menor abandonado y su protección jurídica,* Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba.

SEYMUR, J. (1994): «Parens patriae and wardship Powers. Their nature and its origins», 14, *Oxford J, Legal Studies,* 159, 1994.

STANDLEY, K. (2006): *Family Law, 5th edition.* New York, Palgrave MacMillan.

VV.AA. (2007): *Denunciamos las consecuencias del nuevo Proyecto de Ley de Adopción Internacional* [en linea]. Disponible en http://www.apdha.org/index.php?option=com_content&task=view&id=409&Itemid=63

NOTAS

[1] Menores de edad indocumentados no acompañados.

[2] Pérez Álvarez, M. A. (2009), «El desamparo: resoluciones administrativas, sentencias judiciales y reformas legales», En M. P. García Rubio (coord.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río.* Madrid, Civitas, pág. 709.

[3] De Palma del Teso, Á. (2006), *Administraciones Públicas y protección a la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados.* Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, pág. 18, que pone de manifiesto (a pesar de que el legislador estatal incorporó esta figura al Código Civil al cobijo del título competencial «legislación civil») la naturaleza jurídico-pública del desamparo, corroborado por la evolución histórica de la actuación pública en materia de protección de la infancia (debiendo mencionar la Orden de 1 de abril de 1937, sobre colocación familiar que establece la tutela legal de la Administración, al igual que el Decreto de 23 de noviembre de 1940). Se puede afirmar que la Administración actúa como poder público, esto es, investida de las tradicionales prerrogativas que el Ordenamiento les atribuye para servir al interés general, en este caso la protección de la infancia.

[4] De forma especial, los menores inmigrantes no acompañados (MENAS), debido a su especial situación de vulnerabilidad; siendo a estos efectos irrelevante la ley personal del menor, dado que el artículo 9.6 del Código Civil establece que «será aplicable la ley española para tomar medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español».

Incluso, la Ley de Extranjería (LO 4/2000, de 11 de enero, sobre *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España),* considera regular, a todos los efectos, la residencia de los menores extranjeros indocumentados que sean tutelados por una Administración. De tal modo que la Administración autonómica, que tienen atribuida su tutela, está legalmente obligada a solicitar a la Administración del Estado, en interés del menor, el permiso de residencia, y esta última obligada a otorgarla.

[5] Informe SOS Racismo (2012), punto 7. *Menores inmigrantes no acompañados,* disponible en http://www.sosracismomadrid.es/web/alter/informeanual2012.pdf, págs. 241-257, cuyas líneas recogen, entre otros datos, que: «(…) en España durante en el año 2010 se han incoado 294 procedimientos de repatriación, aunque solo doce superaron la fase de instrucción, y de esos doce ha podido ejecutarse el retorno en seis casos (en 2009 fueron 11). (…) Asimismo, España no puede expulsar a los menores de edad sin localizar previamente a sus padres. Si se quedan a vivir en España, sus tutores legales deben tramitar sus documentos y asesorarles para que no caigan en la irregularidad al alcanzar la mayoría de edad. (…)».

[6] Informe del Defensor del Pueblo (2011), *¿Menores o adultos?: procedimientos para la determinación de la edad. Conclusiones respecto a la situación de España,* págs. 170 y sigs.

[7] Informe SOS Racismo (2012), *op. cit.,* pág. 241.

[8] Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que «el mutuo goce entre padres e hijos de la compañía del otro constituye un elemento fundamental de la vida familiar, y las medidas internas que ponen trabas a dicho goce suponen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio. Tal injerencia constituye una violación de dicho artículo a menos que esté prevista por la ley, persiga uno o varios fines legítimos en virtud del apartado 2 del artículo 8, y pueda ser considerada necesaria en una sociedad democrática» (vid. STEDH de 17 de diciembre de 2002, *Asunto Venema y Venema-Huiting contra Países Bajos,* pa. 71, TEDH 2002/75).

[9] En ocasiones el interés del menor puede justificar, por ejemplo, que este no sea entregado a sus padres biológicos (por el tiempo transcurrido hasta que la decisión ha sido firme) a pesar de la decisión jurisdiccional favorable a sus pretensiones, y el daño moral y psíquico que se deriva de dicha situación.

En consecuencia, una posible vía que les puede quedar a los padres es la compensación económica del daño moral sufrido interponiendo una acción de responsabilidad patrimonial

ante la Administración Pública, siempre que se reúnan los tres requisitos clásicos de dicha responsabilidad que es objetiva o sin culpa: una acción, omisión u acto administrativo; un daño o lesión efectivo, individualizado y evaluable económicamente, y que sea antijurídico o no soportable por el ciudadano por no existir una causa de justificación general, ni una ley o reglamento que conceda el derecho a la Administración a causar dicho daño. De tal modo que, al existir el artículo 172 del Código Civil, que permite dicha declaración de desamparo, el daño sería antijurídico en el único supuesto en el que ejercicio de la potestad administrativa discrecional de declarar dicho desamparo haya sido ejercida de modo arbitrario (art. 106 CE, y 139 y sigs. de la LRJ-PAC 30/1992, y RD 429/1993, de 26 de noviembre, *por el que se regula el procedimiento de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*) —vid. Auto de la AP de las Palmas, de 21 de abril de 2004 *(EDJ* 2004/124599), y STC de 3 de octubre de 1994 *(EDJ* 1994/8153); y SSAP de Sevilla de 12-6-2000 *(EDJ* 2000/38064); y 20-6-2001 *(EDJ* 2001/71828); y de Jaén de 10-1-2001 *(EDJ* 2002/5196)—.

[10] En España la protección efectiva del menor cuando el riesgo no sea elevado se logra, principalmente, a través del nivel de atención primaria que depende principalmente de la *Administración Local* (en concreto, de los Servicios Comunitarios de las Diputaciones Provinciales cuando se trate de municipios menores de 20.000 habitantes y de los Ayuntamientos). Dentro de este nivel de atención primaria se ofrece: 1) *Asesoramiento* especializado e información de los recursos disponibles; labor de *conciliación social;* 2) *Canalización* del asunto a otros servicios y *realización de un informe social* evaluando la situación del menor y procurando ofrecer vías de solución a la problemática que se presente. 3) Incluso, la Administración local *podrá dar curso a un expediente individual familiar para solicitar una prestación o servicio concreto*. 4) *Ayuda a domicilio y los alojamientos alternativos*, cuando se carezca de un ambiente familiar idóneo, como otros *apoyos a la unidad convivencial para las situaciones de conflicto psicofamiliares* que puedan afectar al menor como, por ejemplo, a familias monoparentales, o con violencia de género; amén del interesante programa de la *Mediación familiar* (por psicólogos, trabajadores sociales y educadores sociales). 5) Por último, y respecto a las situaciones más extremas de marginación social, en este nivel sobresalen las *ayudas de emergencia familiares de carácter temporal y preventiva,* que se llevarán a cabo mediante equipos técnicos profesionalizados dependientes de los servicios sociales comunitarios.

[11] Bercovitz-Cano, R. (2000), «¿Protección de menores *versus* protección de progenitores?», en *Actualidad Aranzadi,* marzo, págs. 11 y sigs.

[12] Moreno Torres-Sánchez, J. (2005), *El desamparo de menores,* Pamplona, Thomson-Aranzadi, y De Palma del Teso, A. (2006), «Administraciones públicas y protección de la infancia», en *op. cit.,* págs. 187 y sigs.

[13] Señala el Tribunal Constitucional español la existencia de una laguna legal respecto al momento inicial para asegurar la constatación de forma rápida y eficaz de si un niño se encuentra o no en situación de desamparo.

[14] Porque los estudios realizados informan de las consecuencias negativas que la separación puede causar en el menor (vid. ref. Steinhauer, P. D. (1991), *The least detrimental alternative,* Toronto, y Schaffer, R. K. (1993), *Making decisions about children,* Cambridge, en Sánchez Redondo, J. M. (2001), *Toma de decisiones. El plan de caso,* en J. Paul Ochotorena y M. I. Arruabarrena Madariaga (dir.), *Manual de protección infantil,* Barcelona, Madariaga, pág. 245.

[15] De Palma del Teso, A. (2006), *op. cit.,* pág. 330, que se basa sobre todo en los dictámenes de la *Comissió Jurídica Asesora* (órgano consultivo de la Administración autonómica catalana que realiza las mismas funciones que el Consejo de Estado en el ámbito estatal), referidos a procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de daños producidos en ejercicio de la actividad de protección de los menores tutelados por la Administración (dictamen 94/00, de 17 de febrero de 2000; el 572/98, de 26 de noviembre de 1998; el 34/99, de 4 de febrero de 1999; el 444/02, de 7 de noviembre de 2002; el 20/02, de 10 de enero de 2002; 19/02, de 10 de enero de 2002).

[16] En este sentido, también, PEREZ ÁLVAREZ, M. A. (1999), «La desprotección social del menor: una visión general en materia de instituciones de protección de menores», en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del Menor. Jornadas de Derecho Civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi.* La Coruña, Ediciones de la Universidad de La Coruña, pág. 26.

[17] Cfr. la Ley Foral de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, *de promoción, atención y protección a la infancia y adolescencia* (art. 65.3); la Ley de La Rioja 1/2006, de 28 de febrero, *de protección de los menores* (art. 52.2.*b);* o el Decreto del Gobierno de Cantabria 58/2002, de 30 de mayo, *por el que se desarrollan los procedimientos relativos a la protección de menores* (art. 12). De este modo, en el artículo 11 del propio Decreto, se disponen las medidas dirigidas a asegurar la cobertura de sus *necesidades subjetivas,* lo que significa que se refieren a los aspectos personales y no los patrimoniales.

[18] Se puede llegar a la conclusión de que la tutela *ex lege* de que trata el artículo 172 del Código Civil y el artículo 239 del Código Civil parte de una situación de hecho, que es la del desamparo del menor, para la que se prevén dos posibilidades: *a)* la tutela *ex lege* de la entidad pública a la que corresponda la protección de los menores; *b)* la constitución de la *tutela de forma ordinaria,* en atención al beneficio del menor, nombrando tutor a quien haya, en algún modo, tenido una cercanía o convivencia con él, de manera que pueda sentirse este en un clima más familiar o cercano; tutela que al no poder ser declarada por la Administración, deberá ser instada ante el juez, preferentemente por el Ministerio Fiscal. Aunque, en este punto existe una controversia doctrinal en el sentido de que, mientras un sector doctrinal estima que en estos casos la tutela *ex lege* tendrá preferencia cronológica, pues incluso en el supuesto en el que se declare la tutela ordinaria, mientras que esta se sustancia, procederá la tutela *ex lege* de forma automática y desde el mismo momento en que se declare el desamparo; otro sector considera que si existe entre tanto un guardador de hecho no existirá tal desamparo y se procederá, bien a mantener la guarda de hecho, bien a transformar dicha guarda de hecho en tutela ordinaria [vid. SEVILLA BUJALANCE, J. L. (2002), *El menor abandonado y su protección jurídica,* Córdoba. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, pág. 191].

[19] ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 60, págs. 1 y sigs., de la versión en CD-Rom; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (1992), «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», en *Anuario de Derecho Civil,* tomo XLV, fascículo IV; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. (2002), *Curso de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia y Sucesiones* (coord.: MORENO QUESADA, B), Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 350; PÉREZ MARTÍN, A. J. (1998), *Adopción, acogimiento, tutela y otras Instituciones de Protección de Menores,* Valladolid, Lex Nova, págs. 215-216, en especial, pág. 99: no es posible tratar de sustituir estas guardas de hecho por el acogimiento familiar con la intervención de la entidad pública, previa la declaración de desamparo del menor, pues si el guardador de hecho está ejerciendo correctamente sus funciones, no procederá la declaración de desamparo; de otro modo, resultaría que tras la Ley 21/1987, la guarda de hecho ha sido sustituida por la tutela administrativa, y sin embargo sucede que la propia Ley otorga relevancia al guardador de hecho por medio del artículo 177-3.º del Código Civil.

[20] Entre las resoluciones judiciales destaco el Auto de 3 de enero de 2002 de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, que indica: «(…) Pues de lo que se trata, a la hora de determinar si existe o no situación legal de desamparo, es de comprobar la situación real y actual del menor al momento de intervención de la Administración, *verificando si aquel tiene cubiertos o no los bienes materiales y morales fundamentales exigidos por la Ley, cualquiera que sea quien los proporcione (…)».* En esta sentencia se manifestaba que el menor, que se encontraba atendido por sus abuelos maternos, podía considerarse en una situación de riesgo, pero no de desamparo, por lo que no procede la tutela automática, debiendo adoptarse mecanismos de protección dentro del entorno habitual del menor; al igual que se pronunció, respecto a un supuesto de hecho similar, las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla

(Sección 6.ª), de 23 de noviembre de 1999; de Álava, de 15 de junio ded 1992, y de Asturias, de 24 de marzo de 1992.

[21] Para profundizar en esta materia, vid. De Palma del Teso, A. (2006), *op. cit.,* págs. 259-268.

[22] *Ibídem,* pág. 119, y cita la interesante STC 221/2002, de 25 de noviembre (FJ 5), en la que el Tribunal considera vulnerado el artículo 24.1 CE por prescindirse del trámite de audiencia a la menor y no hacer efectivo su derecho a ser oída en el procedimiento.

[23] Según STC 143/1990, de 26 de septiembre, debe procederse siempre al emplazamiento personal de los interesados, siempre que sean conocidos e identificables a partir de los datos que obren en el escrito de interposición o en el expediente, siendo solo válida la citación edictal cuando no conste en las actuaciones el domicilio de la persona que debe ser emplazada o se ignore su paradero por haber cambiado de domicilio (doctrina aplicable a los procedimientos dirigidos a verificar, y, en su caso, declarar la situación de desamparo de un menor y la adopción de las consiguientes medidas de protección pública).

[24] Vid. Utrera Gutiérrez, J. L., «Menores en desamparo y adopción: los fallos del sistema legal de protección», en *Seminario permanente de la APDHA de Córdoba,* disponible en http: www.apdha.org. Y ver Informe del año 2003 del Defensor del Menor de Andalucía al Parlamento, págs. 197-207.

[25] Fossier, T. y Gratadour, H. E. (2008), *L'autorité parentale. Les guides d l'intervention sociale* (collection dirigée par Sophie Courault). Issy —les— Moulineaux: ESF éditeur, pág. 62.

[26] Desde algunos sectores se alzaron voces que criticaron la ausencia de plazo para recurrir ante la autoridad judicial las resoluciones administrativas en materia de protección de menores [vid. Serrano Castro, F. y Ocaña Rodríguez, A (2005), *En busca de una más adecuada regulación del régimen de protección de menores. Propuesta de reforma del Código Civil y de la LEC,* disponible en http://prodemi.org/Informes en fecha de 24-2-2005]. Asimismo, en la realidad práctica se ponía de relieve que lo que se configuró en interés del menor puede demostrarse contrario a ese interés, pues el pleno desarrollo de su personalidad exigiría que en un plazo prudencial pudiera disfrutar de forma estable y permanente de un adecuado entorno familiar. De otro modo, según STS 221/2002, de 25 de noviembre, se corre el riesgo de poner en peligro la integridad moral del menor con la consiguiente lesión de este derecho fundamental (art. 15 CE).

Incluso, en la medida en que la Administración está legalmente obligada a revisar las medidas de protección para adaptarlas a las nuevas circunstancias, el juez puede controlar, precisamente, la falta de adecuación de las mismas a la nueva situación (control judicial dinámico), dado que la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 abrió las puertas del recurso contencioso-administrativo a cualquier acto ilícito de la Administración. Sin embargo en contra, las SSAP de Alicante, de 18 de noviembre de 2002 *(JUR* 2003/53533) y de Valencia, de 10 de enero de 2003 *(JUR* 2003/92884) —vid. De Palma del Teso, A. (2006), *op. cit.,* np. 270, pág. 125—.

[27] Así pues, el Gobierno, en lugar de hacer asumir sus responsabilidades a la Administración, buscando las causas de su desgraciada intervención —comunes en demasiados casos a otros— ha preferido ir por la vía cómoda de machacar los derechos de los padres y de los hijos, otorgando a la propia Administración, como si de una diosa omnipotente fuera, la decisión final a partir de los dos meses y dos años anteriormente citados para valorar las peticiones de los padres. Decisión que no podría ser recurrida ante los órganos jurisdiccionales, rompiéndose la separación de poderes que rige en nuestro Estado de derecho entre poder ejecutivo y judicial, a favor de aquel, cuando justamente lo más adecuado sería lo opuesto, que cada retirada decretada por la Administración viniera respaldada y garantizada por el control judicial (disponible en http://www.apdha.org/index.php?option=com_content&task=view&id=409&Itemid=63).

[28] La práctica judicial evidencia que el desamparo tiene sus causas más frecuentes en: la existencia de un patrón familiar crónico de maltrato, agresividad, episodios de violencia

doméstica; carencia de domicilio conocido o cambios constantes de residencia; adicción al alcohol o drogodependencia; marginalidad o aislamiento social; falta de conciencia en orden a la situación de los hijos; práctica de la mendicidad; enfermedad mental y/o trastornos psíquicos de conducta; limitaciones psicológicas o inmadurez o perfil infantil; situación laboral irregular; ingresos en prisión; incapacidad para asumir las obligaciones inherentes a la patria potestad.

[29] Escribano Tortajada, P. (2009), «Los conceptos de desamparo y situaciones de riesgo desde la perspectiva de nuestros Tribunales», en *Actualidad Civil,* núm. 12, quincena del 16 al 30 de junio de 2009, pág. 1357.

[30] Pérez Álverez, M. A. (2009), «El desamparo: resoluciones administrativas…», *op. cit.,* pág. 723.

[31] Por tanto, hay que buscar el equilibrio entre todos los intereses en juego, tal y como recogen claramente las SSAP de Toledo, de 9 de febrero de 2000, y 25 de abril de 2002, afirmando esta última que: «*la situación de desamparo se ha de examinar minuciosamente atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso concreto, (…) de tal manera que solo se estime la existencia del desamparo cuando se acredite efectivamente, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego*».

[32] Vid. el interesante estudio de Rodríguez Guitián, A. M. (2009), *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales,* Madrid, Thomson Reuters, en especial el capítulo cuarto sobre «Daños derivados del incumplimiento de ciertos deberes paterno-filiales», págs. 189-285. Esta autora (np. 425, pág. 229) cita la referencia de Martín Casals, M.; Ribot, J., y Solé Feliu, F. L. (2007), «Children as victims under Spanish Law», en *Children in Tort Law,* Part. II, *Children as Victims, Tort and Insurance Law,* vol. 18. Viena, Springer-Verlag, págs. 225 y sigs., a la sentencia de la AP de Sevilla de 5 de octubre de 2000 (*JUR* 2001/119306) en la que el padre demanda a la compañía de seguros una indemnización por los daños sufridos por su hijo, que el 1 de mayo de 1992 es atropellado por el propio progenitor cuando estaba realizando una maniobra de aparcamiento. El padre tenía concertado un seguro de responsabilidad civil con la compañía demandada. El tribunal condena a la demandada a abonar a la parte actora la cantidad de diez millones de pesetas.

[33] *Ibídem,* np. 445, pág. 240, en dicha sentencia se pone de manifiesto la falta de diligencia de los padres por la muerte de su hijo de cuatro años de edad ahogado en una alberca de riego a nivel del suelo, parcialmente llena, que no tiene valla protectora y que se encuentra en finca no vallada (no había normal ni legal ni reglamentaria que exigiera dichas medidas). Pues aunque los padres manifestaron haber dejado al menor con unos vecinos (una señora ya mayor y su hijo más joven que al parecer advierte al pequeño de que no anduviera solo, pero sale a visitar a unas amigas en un cortijo próximo), no fueron diligentes al no reunir tales cuidadores una mínima garantía de que se iban a ocupar de forma concienzuda del menor.

[34] Rodriguez Guitián, A. M. (2009), *op. cit.,* np. 430, pág. 232. Así se defiende por la doctrina y jurisprudencia alemana [ref. Wacke, A. (2000), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetxbuch,* Band 7 (Familienrecht I), Rebmann (Redkteur), 4, Auflage, Verlag, CH Beck, München, pág. 273. Y por el Derecho americano, vid. Epstein, R. A. (2004), *Cases and materials on Torts,* New York, Aspen Publishers, págs. 1200-1203, en np. 435, pág. 234.

[35] Ref. Ferrer i Riba, J. (2003), «Relaciones familiares y límites del Derecho de daños», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo,* Tomo II, Madrid, Thomson & Civitas, págs. 1860-1861, en Rodríquez Guitián, A. M. (2009), *op. cit.,* np. 436, pág. 235 (también, ver argumentos, en págs. 231-235), pues si se atiende a la nota de confianza que caracteriza la relación paterno-filial, es más razonable otorgar poderes amplios a los progenitores, en la medida en que resulta lógico presumir que son las personas que se hallan en mejor posición para discernir qué es más ventajoso para sus hijos. Al Ordenamiento Jurídico solo le correspondería fijar unas «condiciones mínimas» que han de respetarse cuando se ejercita el papel de padre o de madre (prestación de alimentos, escolarización obligatoria,

atención sanitaria…) y supervisar su cumplimiento a través de normas penales, administrativas y civiles, pero sin permitir que un juez pueda penalizar a los padres por descuidos esporádicos de atención, salvo que hayan actuado con dolo o culpa grave.

[36] Vid., para un desarrollo de las mismas, MALAURIE, P. y FULCHIRON, H. (2011), *Droit civil. La famille.* París, Défrenois, 4ème édition, págs. 645-651.

[37] Las personas legitimadas para interponer la demanda al juez de menores (competente según el domicilio del responsable legal del menor) son el padre, la madre (aunque no sean titulares de la patria potestad), el tutor, el guardador de hecho, el propio menor, de oficio, y por el Ministerio Fiscal.

[38] *Les Services de l'Aide Socile à l'Enfance* (Servicios de Ayuda Social a la Infancia).

[39] El presidente del Consejo General debe informar al Ministerio Fiscal de los casos de menores en peligro, y en aquellos en los que sea imposible llevar a cabo la medida por rechazo de la familia, o porque la situación sea imposible de analizar, aquel deberá transmitir el dossier al juez de menores competentes. Parece que no, en caso contrario (CASF, art. L. 226-4).

[40] El proceso se regula en los artículos 1186 y sigs. del *Code de Procedure Civil* (CPC) que establecen que: 1) El menor puede accionar el proceso, teniendo derecho, al igual que el resto de las partes, a que le represente un abogado; 2) Se producirá bajo sanción de nulidad la audición de las partes, incluido el menor, sin perjuicio de la audición de toda otra persona que el juez estime útil (sector Asociativo, Protección Judicial de la Juventud). 3) El juez deberá intentar la adhesión de la familia a la medida prevista, aunque no es indispensable. Y respecto a las medidas de instrucción del juez son, al margen de las ya citadas *audiciones*, el *examen de personalidad y especializados* (médicos, psicológicos o psiquiátricos) para los padres, que aunque no son obligatorios, es rara la oposición a los mismos; *medidas de investigación y de orientación educativa* (encuesta social sobre la situación de la familia y el estudio de la personalidad del menor). Vid. FOSSIER, T. y GRATADOUR, H. E. (2008), *op. cit.,* pág. 63.

[41] *«Les père et mère conservent donc sur l'enfant donné lieu à une mesure d'assitence éducative, tous les attributs de l'autorité parentale qui ne son pas inconciables avec la mesure d'assistance éducative».*

[42] Por ello, según la Corte de Casación francesa, la decisión del juez de menores de confiar el menor a una persona física o moral a título de asistencia educativa, transfiere a estos los poderes necesarios para la organización, la dirección y el control de la vida del menor. En consecuencia, serían responsables civiles por hecho ajeno por el daño causado por el menor *ex* artículo 1384.1 del Código Civil [vid. ref. CHABAS, F. (1997), «Cass. crim. 10 de octubre de 1996», en *JCP G.* II, 1987 y sigs.; y en MALAURIE, P. y FULCHIRON, H. (2011), *op. cit.,* np.33, pág. 650].

[43] Aunque también el juez de menores puede confiar las medidas de asistencia educativa en medio abierto (AEMO) al Consejo General, y, entonces, será la colectividad territorial la que deba escoger el servicio que garantice la inmediatez de la acción.

[44] Acerca de esta modalidad, vid. HUYETTE, M.; ROZENCZVEIG, J. P.; FOSSIER, T.; COPART, A.; GOUTTENOIRE, A.; RADÉ, C.; LASBATS, A.; MARIENBURG-WACHSMANN, A. (2007), «Dossier Placement de l'enfant», en *AJ Famille,* février, pág. 54.

[45] El juez de menores puede decidir la modalidad en concreto de acogida del menor en consideración a su interés. Por ejemplo, el juez puede obligar al ASE a que el menor sea confiado a una familia de acogida y no se produzca su guarda en una institución (vid. ref. Civ, 1ère, 23 janvier 2001, JCP, 2001, I, 332, obs. FOSSIER, en GOUTTENOIRE, A. (2011), *La prise en charge de l'enfant d'autri,* documento al que he tenido acceso durante mi estancia en el *Centre de Derecho de Familia* en la Universidad de Lyon III, np. 6, pág. 3. Y GOUTTENOIRE, A. (2007), «La loi du 5 mars 2007 relative à la protection de l'enfance: la recherche de nouveaux équilibres», en *Dalloz,* pág. 1090 y sigs.

[46] *«Veilleur à ce que les liens d'attachement noués par l'enfant avec d'autres personnes que ses parents soient mantenus, voire développés, dans son intérêt supérieur».*

[47] FOSSIER, T., GRATADOUR, H. (2008), «L'autorité parentale», *op. cit.*, pág. 69, al margen y siendo una cuestión de otro orden, de que, como regla general, todas las medidas pueden

ser objeto de recurso por los padres (el tutor, el guardador y el Ministerio Fiscal) ante la Sala especial de menores de la Corte de Apelación, dentro de los quince días que siguen a la notificación de la decisión judicial (art. 1192 CPC), pudiéndose pronunciar aquella solamente sobre la legalidad u oportunidad de la medida, sin estar legitimado para establecer medidas de asistencia educativa.

[48] Vid. MURAT, P. (2005), «Rennes, janvier 2005», *Dr. F.* n1, 52 y sigs.; y HAUSER, J. (2005), «Rennes, janvier 2005», en *RTDC,* pág. 378 y sigs.

[49] Vid. FULCHIRON, H. (1990), «L'exercise de l'autorité parentale en cas de décès d'un des parents», en *JCP,* I, 342 y sigs.

[50] Vid. ref. *Rapport de la défenseure des enfants pour l'année 2007,* site internet de la défenseure des enfants, disponible en http://www.defenseurdesenfants.fr, en GOUTTENOIRE, A. (2011), *op. cit.,* np.4, pág. 2, que propone que se puede demandar al juez de asuntos familiares para que el padrastro o cónyuge del progenitor fallecido que vivía con el menor pueda solicitar la guarda del menor bajo el fundamento del artículo 373-3 del Código Civil.

[51] Vid. MALAURIE, P. y FULCHIRON, H. (2011), «Droit civil. La famille», *op. cit.,* págs. 651-658.

[52] Vid. GOUTTENOIRE, A. (2011), «La prise en charge de l'enfant d'autri», *op. cit.,* págs. 1-9.

[53] DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. (1999), «Rénoveler le droit de famille: proposictions pour un droit adapté aux realités et aux aspirations de notre temps», en *Doc. Française,* págs. 90 y sigs. Esta figura se inspira en la proposición hecha por la Comisión presidida por el profesor DEKEUWER-DEFOSSEZ a favor de un mandato de educación por un periodo determinado en beneficio de un tercero, generalmente el padrastro quien, de hecho, participa en la realidad en la toma cotidiana de decisiones del menor.

[54] FOSSIER, H. y GRATADOUR, H. (2011), *op. cit.,* pág. 74.

[55] Si ambos ejercen la patria potestad, la decisión será conjunta, pero si uno de ellos tiene atribuida la misma, podrá tomar la decisión unilateralmente, sin perjuicio del deber de comunicar o advertir al otro cónyuge como titular del deber de vigilancia y dada la importancia de la decisión para la vida del menor (art. 373-2-1, al. 2).

[56] Vid. CHENEDÉ, F. (2004), «Obs. Nice, 8 juillet 2003, 7 avril 2004, 30 juin 2004», en *AJ Famille,* págs. 453 y sigs. (ref. GOUTTENOIRE, A., *op. cit.,* np. 23, pág. 8), en razón del papel real positivo que le *beau-parents* tienen frente a los hijos de su pareja.

Por otra parte, en Francia se ha constatado como la delegación es necesaria para «legalizar» situaciones en caso de parejas homosexuales, al no poder adoptar de forma plena, como consecuencia de no poder casarse una pareja homosexual (como, por el contrario, ocurre en España a raíz de la Ley 13/2005, de 1 de julio). Aunque en abril de 2013, la Asamblea Nacional francesa ha adoptado, mediante votación solemne, el proyecto de ley sobre el matrimonio gay y la adopción para parejas del mismo sexo. Con esta decisión, la Cámara Baja ratifica el texto corregido por el Senado (http://www.elmundo.es/2013/04/23). En consecuencia, la delegación y reparto de la autoridad parental puede devenir en Francia, también, como consecuencia de la determinación de una relación jurídica de filiación en casos de parejas homosexuales. Al respecto, a pesar de que cierta línea jurisprudencial defiende la posibilidad de aplicar la adopción conjunta a la pareja homosexual y la posibilidad de que se derive la autoridad parental para ambos; lo que se admite en la actualidad es la adopción simple por la pareja homosexual del padre o madre biológico, que implica que este tenga que renunciar a su autoridad parental, pero permitiendo posteriormente que, como solución paradójica que solvente las consecuencias de dicha renuncia, se pacte una delegación compartida del ejercicio de la autoridad judicial a favor de la madre biológica [vid. MURAT, P. (2005), «Obs. TGF Paris, 2 juillet 2004», en *Dr. Fam*., comm. n. 4, que afirma que en su sentencia de 14 de febrero de 2006, la Corte de Apelación de Amiens justifica la adopción simple del menor por la concubina de su madre, a pesar de la pérdida por esta del ejercicio de la autoridad parental, por la posibilidad para esta última de recurrir a una delegación de la autoridad parental].

[57] Ref. por GOUTTENOIRE, A. (2011), «La prise en charge de l'enfant d'autri», en *op. cit.,* págs. 6-7, quien nos matiza que este tipo de delegación presenta semejanzas con la Kafala

musulmana, tal y como se desprende de la mayoría de las resoluciones del Consejo de Estado; así, por ejemplo, en la sentencia de 30 de junio de 2003 (*Conséil d'Etat 30 juin 2003, Juris-Data núm. 065698)* que afirma que: «*desde que a un abuelo se le ha confiado su nieta por un Tribunal de Gran Instancia marroquí por un acto de Kafala, y que un Tribunal de Gran Instancia francés ha acordado el* exequator *a dicho acto de Kafala indicando que implicaba una delegación de la autoridad parental, el abuelo ejerce la autoridad parental sobre su nieta, y está legitimado para actuar en su nombre, en concreto, para contestar u oponerse al rechazo a la visa de entrada en Francia (…)*».

[58] A diferencia del proceso sobre las medidas de asistencia educativa en el que la asistencia del Ministerio Fiscal es facultativa, en estos supuestos la asistencia es obligatoria.

[59] Fossier, T. y Gratadour, H. (2008), *op. cit.,* pág. 76.

[60] En lo que se refiere al Derecho inglés, vid. Standley, K. (2006), *Family Law,* New York, Palgrave MacMillan*,* 5th edition*,* 2006, págs. 421-477, que analiza las siguientes normativas que regulan la materia: la *Children Act 1989,* que regula los poderes y deberes de las autoridades locales respecto a la protección de los menores, y los poderes de los Juzgados frente al maltrato del menor. El Acta ha sido modificado por *Children (Leaving Care) Act* 2000, and *the Adoption and Children, Act*. 2002, pero afirma el principio recogido en la Convención de las Naciones Unidades sobre los Derechos del Niño, que los servicios públicos sociales han de colaborar con las familias, siendo un último recurso la intervención obligatoria por orden judicial. Y diferencia entre dos medidas: la *supervision care orden,* en la que el menor está bajo la supervisión de las autoridades locales y los padres continúan ejerciendo su autoridad parental; frente a la *child assessment order an emergency protection,* que regula supuestos de maltrato de menores. La *Care Standards Act 2000,* que tiene como fin mejorar los estándares en el acogimiento de los menores, en los servicios de salud, y otros servicios para los menores. Y la *Children Act 2004,* que realiza cambios en los servicios de protección de los menores con la finalidad de proveer servicios más integrados.

[61] Vid. Katz, S. N. (1998), «Parental rights and social responsability in American Child Protection Law», en *The changing family. Family Forms & Family Law.* Belgium: John Eekelaar, págs. 433-449.

Respecto al concepto de *parens patriae,* vid. Homer, H. y Clark, J. (1988), *The Law of Domestic Relations in the United States.* West Publishing, Co. Y Seymur, J. (1994), «Parens patriae and wardship Powers. Their nature and its origins». 14, *Oxford J, Legal Studies,* 159, en Katz, S. N (1998), *ob. cit.,* np. 28-29, págs. 442-443.

[62] Vid. el magnífico trabajo de Greven, P. (1990), *Spare the Child,* Alfred A. Knopf, Inc, págs. 155-174.

[63] El Acta de 1974 dio poder al Congreso para otorgar subvenciones en orden a la investigación y mejora técnica de los servicios sociales de protección del menor de los Estados, siempre que estos se conformaran a los mínimos establecidos. En definitiva, a raíz de dicha Acta, el maltrato de un menor deja de ser un asunto de la vida privada familiar para pasar a ser de orden público, siempre que se estime por algún profesional de la educación, vecino, médico, que el daño que ha sufrido el niño requiera atención médica, debiéndose dar parte a los servicios sociales. Y si estos lo valoran de «grave», los padres serán objeto de un proceso de protección que concluirá ante una audiencia judicial que podría conllevar la retirada de la custodia del menor y su acogimiento por una institución o familia de acogida [ref. Besharov, D. J. (1978), «The legal Aspects of Reporting Known and Suspected Child Abuse and Neglect», *23, Vill. L. Rev,* págs. 458 y sigs., en Katz, S. N. (1998), *op. cit.,* np. 28, pág. 442).

[64] Vid. (2009), «Fostering Connections Act Promeses New Opportunities for Children Welfare Reform», en *Voice,* 2009, volum. 10, issue two [en línea], disponible en http://www.aecf.org/~/media/Pubs/Other/V/VoiceSpring2009Volume10Issue2/voice2009spring.pdf.

[65] De acuerdo con un Estudio de un Instituto Urbano en Estados Unidos en el 2005, el 27 por 100 de todos los chicos jóvenes de familias inmigrantes son pobres, comparado con el 19 por 100 de familias nativas. Incluso, uno de cada cinco niños inmigrantes vive bajo el umbral de la pobreza federal. Se une el problema de las familias con el idioma y la falta de

conocimiento de sus derechos y responsabilidades según el Derecho americano; e incluso, es un factor negativo el miedo de estas familias a solicitar las ayudas porque lo interpretan como una dificultad para conseguir su residencia legal.

[66] Una persona puede abrir una Smart CD (cuenta ahorro) invirtiendo $100 y haciendo depósitos ulteriores de como mínimo $5. Si la cuenta permanece abierta seis meses, la Fundación Casey Family Servicies otorga una cantidad hasta igualar los $100. Asimismo el banco concede, igualmente, una suma hasta $100 siempre que la CD haya estado abierta un año. Incluso, dicha cuenta genera un interés significativamente más alto que el interés normal (3,25 por 100) (*ibídem,* pág. 4).

[67] Vid. http: www.//PolicyforResuls.org.

[68] Ref. SSTEDH de 12 de julio de 2001, asunto K. Y T. contra Finlandia, ap. 173 (TEDH 2001/467); y de 26 de febrero de 2002, asunto Kunter contra Alemania, Ap. 69 *(JUR* 2002/90046), en De Palma del Teso, A. (2006), np. 454, pág. 207.

[69] Sobre la distinción y delimitación de las situaciones de desamparo y de riesgo, vid. López Sánchez, F.; López, B.; Fuertes, J.; Sánchez, J. M. y Merino, J. (1995), *Actuaciones frente a los malos tratos y desamparo de menores,* Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, págs. 149-150.

[70] El Plan de Infancia y Adolescencia, 2013-2016, constituirá un marco de trabajo muy valioso para articular en clave de presente y de futuro, las políticas de infancia en nuestro país, de una manera integrada y transversal. En su elaboración han participado diez ministerios, Comunidades Autónomas, entidades locales y ONG del tercer sector (http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/050413enlaceinfancia.htm).

[71] Según conversación mantenida con el personal de la Diputación responsable de servicios comunitarios en agosto de 2013, esta escala o protocolo está validada por la Universidad de Málaga con una fiabilidad calificacda de «alta».

[72] Ref. López Sánchez, *Necesidades de la infancia y protección social. Fundamentación teórica, clasificación, y criterios educativos,* Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995; y «Juventud y drogadicción (educativo, afectivo, sexual)», en *Revista de Estudios Juventud,* núm. 55, diciembre de 2001, págs. 83-110, en Torres Perea, J. M., *ob. cit.,* np. 116, pág. 75. Para obtener los datos sobre el menor debe, previamente, cumplimentarse un cuestionario de 120 asuntos, recogiéndose información sobre cuatro áreas: necesidades fisico-biológicas y psicosociales del menor; capacidad de los padres/tutores o guardadores; influencia social y factores inherentes al menor. En este cuestionario han colaborado 26 jueces y que actualmente está en fase de validación como experiencia piloto.

[73] Vid. «Modelo de prevención y detección de situaciones de riesgo social en la infancia y adolescencia desde los servicios sociales comunitarios», en *Trabajo en red. Claves para avanzar en el buen trato a la infancia y la adolescencia. Reflexiones y Alternativas,* ed., Rea, 2010 (www.asociacionrea.org), págs. 125 y sigs.

[74] En contra, Ruiz-Rico Ruiz, J. M. (1988), «La tutela *ex lege,* la guarda y el acogimiento de menores (I)», en *Actualidad Civil,* núm. 2, pág. 70 y sigs.

[75] En igual sentido, en el caso resuelto por la SAP de Barcelona, de 16 de marzo de 2002 *(AC* 2002/1027), que declaró el desamparo de tres menores al entender el Tribunal que la madre no estaba capacitada, al menos temporalmente, para hacerse cargo de sus hijos. Es un supuesto en que la madre quiere cuidar a sus hijos, pero las circunstancias propiciaron que no pudiera hacerlo: falta de organización mental por su ansiedad que afectaba a los problemas de la madre para organizar las funciones de cuidado y atención de los menores con el horario de trabajo; su coeficiente intelectual más bajo de la normalidad; la ausencia de un entorno familiar estable que le pudiera proporcionar sustento y apoyo, así como las dificultades económicas que le llevaban a no poder contratar a un tercero a pesar de que tenía que irse a trabajar. Pero, a mi parecer, a pesar de la desasistencia de los hijos, la situación cambiaría si a esta madre le ofrecieran un plan de trabajo de ayuda. En sentido parecido, en el caso resuelto por la SAP de Murcia, de 25 de abril de 2006 *(AC*/906), se declara el desamparo de dos menores al tener el padre embargado el sueldo por una deuda contraída o por falta de

medios materiales, en un caso en el que, creo, no se puede calificar de desidia el hecho de acudir a la Administración para que se hagan carga de los hijos. Si bien, la Administración resolvió, directamente, declarra el desamparo del menor y la suspensión del ejercicio de la patria potestad.

[76] Hay doctrina que no aceptaría dicha propuesta al afirmar, ciertamente, que una nota esencial de la guarda asistencial es que nunca se atribuye *ex lege* por la Administración, sino a solicitud de las personas que tengan potestad sobre el menor (vid. De Palma del Teso, A., *ob. cit.*, págs. 349-350).

Sin embargo, en orden a una futura reforma de la medida, el carácter de la petición por los padres o la provisionalidad no son caracteres esenciales, a mi parecer, de la diferencia con el desamparo, encontrándose el elemento clave en que en el desamparo la Administración ejercita los poderes de la patria potestad (la toma de decisiones relevantes tanto en el ámbito patrimonial como personal) y por supuesto, tiene la guarda del menor; frente a la guarda asistencial en la que solo se asume por la Administración la guarda del menor y la toma de decisiones que afecten a la vida cotidiana de este.

[77] Artículo 8: «Serán declarados en estado de adoptabilidad por el Tribunal de Menores del distrito donde se encuentren, los menores de los que se pruebe la situación de abandono, ya que carentes de asistencia moral y material por parte de los padres o de los familiares que deben ocuparse de él, siempre y cuando dicha falta de asistencia no se deba a un motivo transitorio de fuerza mayor. 2. El estado de abandono existirá siempre que se presenten las condiciones indicadas en el apartado 1, incluso cuando los menores se encuentren en institutos de asistencia públicos o privados o en comunidades de tipo familiar o en régimen de acogimiento familiar. 3. No existirá causa de fuerza mayor cuando los sujetos indicados en el apartado 1 rechacen las medidas de ayuda ofrecidas por los servicios sociales locales, y tal rechazo sea considerado injustificado por el juez. 4. El procedimiento de adoptabilidad deberá llevarse a cabo, desde el inicio, con la asistencia legal del menor y de los padres o de otros familiares, como previsto en el apartado 2 del artículo 10» (vid. http://www.commissioneadozioni.it/media/62050/definitivo-revisi%C3%B3n184sp-si.pdf).

[78] Vid., por todos, Ganzenmüller Roig, C. (2009), *Conclusiones de las jornadas de fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas: La efectiva aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus derechos en el Derecho interno, 2009* [en línea]. Disponible en: http://www.observatoriodeladiscapacidad.es/informacion/ref_bibliografica/201012233.

(Trabajo recibido el 18-9-2013 y aceptado para su publicación el 21-10-2013)

Responsabilidad civil, laboral y concursal en la franquicia en la República Argentina

Civil, employment and bankruptcy liability in the franchise in Argentina

por
MAURICIO BORETTO*

RESUMEN: Analizadas las diversas posturas en materia de responsabilidad civil, laboral y concursal en la franquicia, podemos concluir que lo que debe imperar en las soluciones a las que se arribe en los distintos ámbitos es alcanzar un delicado equilibrio que concilie dos aspectos: 1) Por un lado, no convierta al «franquiciante» en el causante de todos los males, que termine por desalentar la celebración de este negocio tan importante para la economía de nuestro país, y 2) Por el otro, no deje sin la debida reparación o satisfacción de sus créditos a los terceros perjudicados por la actuación del franquiciado cuando el franquiciante ha tenido suficiente influencia causal en la misma, que lo convierta en autor del daño injustamente sufrido por aquellos.

ABSTRACT: After analyzing the various positions in the field of civil, employment and bankruptcy liability in the franchise, it can be concluded that the posible solutions at which one arrives in the different areas should achieve

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina). Miembro del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia de Ciencias Jurídicas y Sociales de Buenos Aires (República Argentina). Miembro pleno del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

a delicate balance that reconciles the following two aspects: 1) On the one hand, the franchisor should not be considered responsible of all the problems because it might discourage the holding of franchising agreements, which are very important for the economy of our country y 2). On the other hand, do not leave without the adequate compensation or accomplishment of the agreements to third parties harmed by the action of the franchisee when the franchisor has had influence on those actions, being the autor of the damages caused to third parties.

PALABRAS CLAVES: Contratos de distribución. Control. Contrato de franquicia. Responsabilidad. Presupuestos.

KEY WORDS: Distribution contracts. Control. Franchise contract. Liability. Requirements.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA COMERCIALIZACIÓN POR TERCEROS.—III. CONTRATO DE *FRANCHISING:* 1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. Falta de regulación legal. La preocupación de la doctrina. 4. Concepto. 5. Otras características económico-jurídicas. 6. Cláusulas usuales. 7. Obligaciones del franquiciado *(franchisee)*. 8. Obligaciones del franquiciante.—IV. LA FRANQUICIA EN EL PROYECTO DE REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL (DECRETO 191/2011).—V. RESPONSABILIDAD CIVIL, CONCURSAL Y LABORAL EN LA FRANQUICIA: 1. Responsabilidad civil: ¿Debe responder el franquiciante por los daños extracontractuales causados o por los incumplimientos contractuales en que ha incurrido el franquiciado ante terceros (consumidores o no)? 2. Responsabilidad laboral: ¿El franquiciante debe responder por las deudas laborales del franquiciado? 3. Responsabilidad concursal del franquiciante por la insolvencia del franquiciado: A) *Introducción.* B) *Clases de control.* C) *Un precedente.* D) *Las teorías.*

I. INTRODUCCIÓN

A partir del fenómeno de la globalización, el mundo de los contratos ha tenido profundos cambios ante la necesidad de adaptarse a la nueva realidad a través de diferentes figuras negociales, superando los moldes clásicos.

Uno de los problemas de toda empresa, en una economía de mercado, es la necesidad de llegar al público con sus productos o servicios, concretamente, a los consumidores como destinatarios finales; generalizándose, de esta manera, la aparición de grandes centros comerciales y otros modos de comercialización.

Desde una perspectiva, el productor puede llegar al público sin recurrir a una red integrada por terceros por medio de bocas de expendio directa, oficinas de venta, sucursales, *stands,* locales de venta en *shopping centers,* o mediante el llamado *factory*.

Estos acuerdos forman una red de comercialización entre productores y distribuidores de naturaleza contractual en la cual se integran diversas alternativas de venta de productos. Así, se ha dicho[1] que en lugar de ejercer directamente el comercio al por menor en nombre propio, el productor instituye redes de venta directa, constituida por los centros de venta o hipermercados funcionalizados en los cuales se reúnen productos similares o por sectores de mercaderías afines.

De tal modo, el productor puede crear una integración vertical para llegar al público y acrecentar su propia competitividad, a cuyo fin se articula con otras sociedades u organizaciones empresarias que permiten, no solo la distribución de los productos, sino también la configuración de la red de servicios de postventa.

En esta línea se pueden citar como ejemplos desde las sucursales o filiales de la propia casa matriz, como así también los denominados *shopping centers, factory* e hipermercados.

II. LA COMERCIALIZACIÓN POR TERCEROS

Los sistemas de fabricación, distribución y comercialización se han modificado muy fuertemente en los últimos tiempos. De un sistema concentrado en un mismo y único sujeto se ha pasado a sistemas de desconcentración, donde participan dos o más sujetos independientes entre sí.

El fabricante siempre necesitó contar con la ayuda de otros sujetos, pero esa colaboración ha ido modificándose a medida que las sociedades se industrializaron y fueron haciéndose más complejas. Primero contó con factores y dependientes; posteriormente con viajantes, comisionistas y despachantes de aduana; hoy, con la colaboración de diversos sujetos con quienes se relaciona a través de nuevas formas contractuales.

El fabricante que comercializa sus productos, que cubre todo el proceso productivo, desde la fabricación a la venta al destinatario final es hoy casi un recuerdo que solo encuentra similitud, a veces, con el artesano que compra la materia prima, produce, distribuye y vende lo que él mismo ha fabricado.

La noción tradicional de comerciante individual ha sido sustituida por la noción de empresa; estas empresas o sociedades (si es que adoptan un determinado ropaje jurídico) contratan en forma masiva, para amplios mercados, con el objeto de satisfacer las mayores necesidades de la moderna sociedad de consumo.

A su vez, las empresas se agrupan entre sí. Esta agrupación de empresas independientes puede lograrse por métodos *verticales* u *horizontales*.

Los métodos *horizontales* comprenden los convenios que celebran las empresas con el propósito de coordinar sus actividades. Cada empresa mantiene su estructura jurídica propia, sin subordinarse a la otra. Así, la Ley 22.903, modificatoria de la Ley 19.550, regula los contratos de colaboración empresarial: agrupaciones de colaboración (art. 367 y sigs.) y las uniones transitorias de empresa (art. 377 y sigs.). En el nuevo Proyecto de Código Civil Unificado estas modalidades están reguladas como contratos asociativos: agrupaciones de colaboración (arts. 1453 a 1462) y uniones transitorias (arts. 1463 a 1469).

Los métodos *verticales,* en cambio, «pueden» implicar una suerte de «posición dominante» de una empresa sobre la otra. Esta posición puede lograrse ejerciendo *control interno* (por ejemplo, una sociedad tiene acciones de otra en número suficiente para asegurar la mayoría en la toma de decisiones); o ejerciendo un *control externo* a través de vinculaciones interempresariales que generalmente terminan por establecer dependencia económica. Esta dependencia puede manifestarse por restricciones contractuales impuestas por una sociedad a otra respecto de la distribución de ganancias, el otorgamiento de préstamos, de garantías comerciales, de asistencia técnica, etc.

Los contratos de agencia, concesión, distribución y *franchising* son fruto de estos nuevos fenómenos de comercialización, normalmente —aunque no siempre— en situaciones de fuerte control ejercido por el dador de la franquicia o el concedente que, en ocasiones, pueden degenerar en una verdadera situación de «dominación». Tienen en común ser instrumentos aptos para permitir la fabricación, comercialización y distribución de los productos contando con la colaboración o cooperación de comerciantes independientes jurídicamente que se vinculan al quehacer económico del productor o fabricante formando una red o cadena.

El nuevo Proyecto de Código Civil Unificado regula esta serie de contratos entre empresas en los que existe una concentración vertical —como señalamos— que implican la prevalencia de una de las partes que impone las condiciones de comercialización a la otra, generalmente, a través de un contrato de adhesión (agencia, concesión y franquicia).

III. CONTRATO DE *FRANCHISING*

1. Introducción

Este tipo de contratos se utiliza para los más diversos negocios: hostelería, restaurantes, estaciones de servicios, productos alimenticios, institutos de belleza o de adelgazamiento, etc. Son ejemplos, McDonald's, Burger King, Pumper Nic, Pizza Hut, Delicity; las cadenas de hoteles Hyatt, Milton, Sheraton; artículos de perfumería como Martha Harft. Tal vez, la primera franquicia argentina fue Bonafide.

Se trata, esencialmente, de un sistema de comercialización. Implica la reproducción de un negocio exitoso; una suerte de «clonación» de un negocio ya probado. Para ampliar las ventas en el mercado, uno de los modos tradicionales utilizado por las empresas era, por ejemplo, establecer una sucursal; el nuevo método implica la transferencia del *know how,* del cómo hacer del negocio, de modo de repetir el éxito ya conocido a una empresa independiente. La empresa productora tiene ventajas, desde que no debe hacer inversiones; la franquiciada también, pues no corre el riesgo de que el negocio sea o no aceptado por el público.

El objetivo inmediato del contrato es mejorar la inserción de las partes en el mercado; el mediato, es obtener una mayor porción del mercado.

El tipo de comercialización se ha descrito como un sistema de distribución utilizado por empresas legalmente independientes y con una organización vertical, basado en una relación contractual permanente. Esta organización aparece en el mercado con un formato uniforme, y se caracteriza por un programa que divide las tareas entre las diferentes partes, así como también por un sistema de instrucciones y de controles que aseguren el cumplimiento del sistema del franquiciado.

2. Antecedentes

El *franchising* como modelo análogo al hoy existente comenzó en los Estados Unidos en 1850, con Singer Sewing Machine, luego de la guerra civil norteamericana, con una empresa que creó una cadena de distribución y venta de máquinas de coser. La expansión llegó recién en 1930, con la cadena hotelera Howard Johnson, y el llamado *boom* del *franchising* apareció en 1960. También se señala la finalización de la Segunda Guerra Mundial como hito importante en el desarrollo del contrato: muchos excombatientes volvieron a casa y recibieron una suma aproximada de 20.000 dólares (cantidad cuyo valor adquisitivo era superior al actual) por sus servicios bélicos. Sin grandes posibilidades de reinsertarse laboral o socialmente, muchos de ellos avizoraron en el *franchising* la posibilidad de convertirse en un *self made man,* paradigma del espíritu norteamericano. Se suele citar como ejemplo a Ray Kroc, un vendedor de batidoras, que en 1954 se dirigió a California y se contactó con Dick y McDonald; allí advirtió que era más prometedor dedicarse a pulir y expandir el negocio de las comidas rápidas que dedicarse a la venta de batidoras. Apareció así la franquicia McDonald's, a la que siguieron luego Burger King, Sheraton, etc.

3. Falta de regulación legal. La preocupación de la doctrina

La Argentina carece de legislación específica que regule este contrato, pero el *franchising* ha sido objeto de estudio por la doctrina en numerosos congresos y jornadas.

La regulación del contrato ha quedado esencialmente emplazada en el artículo 1197 del Código Civil. Sin embargo, dadas las características de este tipo de comercialización, existe todo un conjunto de normas que deben ser tenidas en cuenta, tales como las relativas a transmisión de tecnología, derechos intelectuales, marcas o patentes, locaciones comerciales, giros de divisas de moneda extranjera, formas societarias, propiedad para extranjeros, legislación fiscal y laboral, responsabilidad por productos defectuosos, quiebra, etc.

4. Concepto

El contrato de *franchising* o franquicia comercial ha sido conceptualizado como la «*concesión de una marca o productos o de servicios, a la cual se agrega la concesión de un conjunto de métodos y medios propios que permiten a la empresa concesionaria asegurar la explotación racional de la concesión y administrar el fondo de comercio que la soporta, en las mejores condiciones de rentabilidad para él mismo y para el concedente*[2].

Otros lo definen como el contrato por el cual «una persona denominada *franchisé* o franquiciado, es autorizada para comercializar productos o servicios bajo la marca, según el *know how (savoir faire)* y las directivas del *franchiseur* (franquiciante o concedente) con el objeto de reiterar el éxito comercial de este último».

Aparecen, pues, dos sujetos: (I) el franquiciante *(franchiseur)* y (II) el franquiciado (*franchisé,* en francés, *franchisee,* en inglés).

La jurisprudencia francesa enseña que en este tipo de contratos, el *know how* que el franquiciante transmite debe ser práctico y probado, original, en desarrollo constante, y fácilmente transmisible.

El franquiciado debe seguir estrictamente las instrucciones del franquiciante sobre la producción, comercialización y administración del producto o servicio. Él sacrifica su independencia económica y técnica, pero en aras de la seguridad económica que le proporciona reeditar un negocio conocido y suficientemente probado.

Aunque el franquiciado asume a su exclusivo costo y riesgo la instalación y puesta en marcha del negocio, y en este sentido es independiente, normalmente, existe una fuerte posición de control del franquiciante sobre el franquiciado; para algunos autores esa situación de control (a veces rayana con la posición de «dominación») produce subordinación jurídica indirecta, pues el franquiciante

dirige la actividad del franquiciado a través de controles previstos en el contrato de franquicia. En la mayoría de los casos hay subordinación técnica (manuales de operaciones, previsiones expresas, patentes, etc.) y económica (disparidad patrimonial evidente y diferencia esencial en el poder negociador de las partes).

5. Otras características económico-jurídicas

* Independencia de las partes. No hay acuerdo sobre esta característica desde que, como se ha señalado, este contrato puede producir subordinación jurídica indirecta, técnica y económica.
  En efecto, en la franquicia el dador cede un procedimiento exitoso, una marca, imagen, autorizando al tomador a actuar como si fuera él mismo. Por su parte, el tomador cede su derecho a planificar un negocio, puesto que el dador toma las decisiones principales en materia de planificación estratégica y táctica del negocio. Por ello, es lógico que quien deja que otro actúe como si fuera él mismo pretenda un fuerte control sobre la actividad del autorizado; de allí que la franquicia presenta un manual operativo muy detallado sobre la conducta a seguir y un control muy fuerte sobre toda la actividad del tomador[3], quien ve severamente recortada su autonomía. Por ejemplo, el control se exterioriza en varios aspectos tales como autorizar la apertura de un establecimiento, el diseño del local, fijación de horarios comerciales, utilización de técnicas de producción o comercialización, las prácticas y sistemas contables, la política de personal, el libre acceso a la contabilidad. La fiscalización también puede alcanzar al cumplimiento de obligaciones fiscales, laborales, normas de calidad, equilibrio económico y financiero por parte del franquiciado.
  Más aún, se ha dicho que el control en la franquicia es un elemento caracterizante de la figura, constituyendo «un concepto jurídico indeterminado y de concreción tópica, y que implica necesariamente la existencia de una dirección técnica comercial, e incluso la posible incursión en auténticas funciones de administración o dirección empresarial en sentido propio, al admitir su extensión a aspectos como la política financiera, de personal o el derecho de establecimiento de la empresa franquiciada y ello es un elemento decisivo para conseguir un elevado nivel de integración entre las partes»[4].
* Inversión mínima para el franquiciante.
* La clientela es atraída por la notoriedad de la marca con prestigio entre el público. Tienen un formato uniforme porque el franquiciante trasmite colores, logotipos, formatos, ubicaciones, etc. No obstante, la uniformidad presenta algunas excepciones cuando se intenta adecuar la cadena a la idiosincrasia de cada país; así, McDonald's ha incorporado postres

y helados con dulce de leche, empanadas, elementos típicos en nuestro país, pero totalmente desconocidos en otros.

* Asistencia permanente entre franquiciante y franquiciado. El franquiciante asesora al franquiciado para elegir el lugar de explotación de la franquicia, le puede prestar asistencia financiera para comprar o para remodelar el local (sistema utilizado especialmente para franquicias de estaciones de servicio), etc. A su vez, el franquiciado presta otro tipo de información; por ejemplo, originariamente, McDonald's no servía desayunos, pero por consejo de los franquiciados comenzaron a brindarlos.
* Poder negociador a favor de los franquiciados frente a proveedores y entidades financieras. En los comienzos de la difusión de las franquicias en nuestro país, muchos franquiciados preferían ser considerados gerentes de una marca conocida y no dueños de una empresa desde que ser seleccionado como franquiciado de determinadas franquicias otorga un grado de seguridad de solvencia.

6. Cláusulas usuales

Generalmente, estos contratos contienen cláusulas relativas a:

* Exclusividad territorial dentro de una determinada zona.
* Posibilidad o no de subfranquicias.
* Duración del contrato.
* Mínimo de ventas.
* Fijación de los precios.
* Capacitación del franquiciado, y provisión de los manuales respectivos, etc.
* Provisión de sistemas computarizados de mantenimiento y seguimiento de *stocks* e inventarios.

7. Obligaciones del franquiciado *(franchisee)*

El franquiciado suele asumir las siguientes obligaciones:

* Pagar una regalía periódica *(royalty),* además de una tasa inicial por el derecho a utilizar la franquicia.
* Aceptar el sistema contable del franquiciante; esta obligación deviene de que él paga un porcentaje sobre ventas, por lo que debe permitir el control.
* Cumplir con todo lo exigido en los respectivos manuales y con las disposiciones municipales y reglamentarias.
* Aceptar las instrucciones dadas sobre el modo de manejar la clientela, la publicidad, el flujo de información del mercado, los cambios tecnológicos, etc.

8. Obligaciones del franquiciante.

Pesan sobre el franquiciante, entre otros, los siguientes deberes:

* Otorgar al franquiciado el uso de la propiedad industrial.
* Proporcionarle entrenamiento.
* Mantener una conducta activa, de modo de seguir desarrollando el sistema constantemente.

IV. LA FRANQUICIA EN EL PROYECTO DE REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL (DECRETO 191/2011)

Como hemos visto, el *contrato de franquicia* ha tenido una amplia difusión en la práctica y ha sido regulado por el Proyecto de reformas (Decreto número 191/2012).

El Derecho Comparado, especialmente las leyes estaduales[5] en Estados Unidos de América[6] y los reglamentos de la ex Comunidad Económica Europea (CEE 4087/88, 556/89 y 2349/84, en lo pertinente), son antecedentes de relevante importancia para el tratamiento legislativo del tema en nuestro país.

Merece destacarse también la Ley Modelo sobre la divulgación de la información en materia de franquicia de UNIDROIT (Roma, 2007) y una propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución elaborada por la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia de España en diciembre de 2005 y publicada en el Boletín número 2006 del Ministerio de Justicia en febrero de 2006.

En la regulación particular del contrato se destaca la vinculación de la franquicia con un sistema probado bajo un nombre comercial o marca del franquiciante, que es el centro de la razón económica del contrato.

Siguiendo la jurisprudencia argentina[7], parte de la doctrina nacional y el derecho foráneo, se consagra la independencia de ambas partes y, consecuentemente, la no transmisión al franquiciante de las obligaciones del franquiciado ni la relación con sus dependientes; haciendo, sí, responsable al franquiciante por los defectos o vicios del diseño del sistema.

La regulación propuesta por la Comisión de reformas es, en lo sustancial, la siguiente.

Se define el contrato como aquel en el cual una parte, denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos[8] y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta[9] del franquiciado (art. 1512).

Se aclara, a todo evento, que el franquiciante:

(i) Debe ser titular exclusivo del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el sistema bajo franquicia; o, en su caso, tener derecho a su utilización y transmisión al franquiciado en los términos del contrato.
(ii) No puede tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado[10].

Son obligaciones del franquiciante (art. 1514):

a) Proporcionar, con antelación a la firma del contrato, información económica y financiera sobre la evolución de dos años de unidades similares a la ofrecida en franquicia, que hayan operado un tiempo suficiente, en el país o en el extranjero.
b) Comunicar al franquiciado el conjunto de conocimientos técnicos, aun cuando no estén patentados, derivados de la experiencia del franquiciante y comprobados por este como aptos para producir los efectos del sistema franquiciado.
c) Entregar al franquiciado un manual de operaciones con las especificaciones útiles para desarrollar la actividad prevista en el contrato.
d) Proveer asistencia técnica para la mejor operatividad de la franquicia durante la vigencia del contrato.
e) Si la franquicia comprende la provisión de bienes o servicios a cargo del franquiciante o de terceros designados por él, asegurar esa provisión en cantidades adecuadas y a precios razonables, según usos y costumbres comerciales locales o internacionales.
f) Defender y proteger el uso por el franquiciado, en las condiciones del contrato, de los derechos referidos en el artículo 1512. Sin perjuicio de ello:

— En las franquicias internacionales esa defensa está contractualmente a cargo del franquiciado, a cuyo efecto debe ser especialmente apoderado sin perjuicio de la obligación del franquiciante de poner a disposición del franquiciado, en tiempo propio, la documentación y demás elementos necesarios para ese cometido.
— En cualquier caso, el franquiciado está facultado para intervenir como interesado coadyuvante, en defensa de tales derechos, en las instancias administrativas o judiciales correspondientes, por las vías admitidas por la ley procesal, y en la medida que esta lo permita.

Se consagran también las obligaciones del franquiciado (art. 1515):

a) Desarrollar efectivamente la actividad comprendida en la franquicia, cumplir las especificaciones del manual de operaciones y las que el

franquiciante le comunique en cumplimiento de su deber de asistencia técnica.

b) Proporcionar las informaciones que razonablemente requiera el franquiciante para el conocimiento del desarrollo de la actividad y facilitar las inspecciones que se hayan pactado o que sean adecuadas al objeto de la franquicia.

c) Abstenerse de actos que puedan poner en riesgo la identificación o el prestigio del sistema de franquicia que integra o de los derechos mencionados en el artículo 1512, segundo párrafo y cooperar, en su caso, en la protección de esos derechos.

d) Mantener la confidencialidad de la información reservada que integra el conjunto de conocimientos técnicos transmitidos y asegurar esa confidencialidad respecto de las personas, dependientes o no, a las que deban comunicarse para el desarrollo de las actividades. Esta obligación subsiste después de la expiración del contrato.

e) Cumplir con las contraprestaciones comprometidas, entre las que pueden pactarse contribuciones para el desarrollo del mercado o de las tecnologías vinculadas a la franquicia.

En cuanto al plazo de duración del contrato, el artículo 1516 dice que es aplicable el artículo 1506, primer párrafo (cuatro años). Evidentemente, incurre en una contradicción con el artículo 1512 (dos años) que debiera solucionarse por el Congreso de la Nación[11].

Continúa diciendo el artículo 1516 que, sin embargo, un plazo inferior puede ser pactado si se corresponde con situaciones especiales como ferias o congresos, actividades desarrolladas dentro de predios o emprendimientos que tienen prevista una duración inferior, o similares. Al vencimiento del plazo, el contrato se entiende prorrogado tácitamente por plazos sucesivos de un año, excepto expresa denuncia de una de las partes antes de cada vencimiento con treinta días de antelación. A la segunda renovación se transforma en contrato por tiempo indeterminado.

Se aclara también que las franquicias son exclusivas para ambas partes (art. 1517). De esta manera, el franquiciante no puede autorizar otra unidad de franquicia en el mismo territorio, excepto con el consentimiento del franquiciado. El franquiciado debe desempeñarse en los locales indicados, dentro del territorio concedido o, en su defecto, en su zona de influencia, y no puede operar por sí o por interpósita persona unidades de franquicia o actividades que sean competitivas. Las partes pueden limitar o excluir la exclusividad.

Asimismo, excepto pacto en contrario (art. 1518):

a) El franquiciado no puede ceder su posición contractual ni los derechos que emergen del contrato mientras está vigente, excepto los de

contenido dinerario. Esta disposición no se aplica en los contratos de franquicia mayorista[12] destinados a que el franquiciado otorgue, a su vez, subfranquicias, a esos efectos. En tales supuestos, debe contar con la autorización previa del franquiciante para otorgar subfranquicias en las condiciones que pacten entre el franquiciante y el franquiciado principal.

b) El franquiciante no puede comercializar directamente con los terceros, mercaderías o servicios comprendidos en la franquicia dentro del territorio o zona de influencia del franquiciado.

c) El derecho a la clientela corresponde al franquiciante. El franquiciado no puede mudar la ubicación de sus locales de atención o fabricación.

Por su parte, se declaran nulas (art. 1519) las cláusulas que prohíban al franquiciado:

a) Cuestionar justificadamente los derechos del franquiciante mencionado en el artículo 1512, segundo párrafo.

b) Adquirir mercaderías comprendidas en la franquicia de otros franquiciados dentro del país, siempre que estos respondan a las calidades y características contractuales.

c) Reunirse o establecer vínculos no económicos con otros franquiciados.

Respecto a la responsabilidad del franquiciante por los hechos del franquiciado, se aclara (art. 1520) que las partes del contrato son independientes y no existe relación laboral entre ellas.

En consecuencia:

a) El franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado, excepto disposición legal expresa en contrario.

b) Los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral.

c) El franquiciante no responde ante el franquiciado por la rentabilidad del sistema otorgado en franquicia.

Coherente con lo anterior, el franquiciado debe indicar claramente su calidad de persona independiente en sus facturas, contratos y demás documentos comerciales; esta obligación no debe interferir en la identidad común de la red franquiciada, en particular en sus nombres o rótulos comunes y en la presentación uniforme de sus locales, mercaderías o medios de transporte.

Sin embargo, el franquiciante sí responde por los defectos de diseño del sistema, que causan daños probados al franquiciado, no ocasionados por la negligencia grave o el dolo de este último (art. 1521).

Finalmente, el artículo 1522 regula la extinción del contrato de franquicia que se rige por las siguientes reglas:

a) El contrato se extingue por la muerte o incapacidad de cualquiera de las partes.

b) El contrato no puede ser extinguido sin justa causa dentro del plazo de su vigencia original, pactado entre las partes. Se aplican los artículos 1084 y siguientes[13].

c) Los contratos con un plazo menor de tres años, justificado por razones especiales según el artículo 1516, quedan extinguidos de pleno derecho al vencimiento del plazo; o va de suyo que esta disposición deberá adaptarse a los cambios que se introduzcan por el Congreso de la Nación al coordinar los artículos 1512 y 1516 que hemos descrito.

d) Cualquiera sea el plazo de vigencia del contrato, la parte que desea concluirlo a la expiración del plazo original o de cualquiera de sus prórrogas, debe preavisar a la otra con una anticipación no menor de un mes por cada año de duración, hasta un máximo de seis meses, contados desde su inicio hasta el vencimiento del plazo pertinente. En los contratos que se pactan por tiempo indeterminado, el preaviso debe darse de manera que la rescisión se produzca, cuando menos, al cumplirse el tercer año desde su concertación. En ningún caso se requiere invocación de justa causa. La falta de preaviso hace aplicable el artículo 1493.

Asimismo, se precisa que en caso de que las partes hayan pactado una cláusula que impida la competencia del franquiciado con la comercialización de productos o servicios propios o de terceros después de extinguido el contrato por cualquier causa, es válida hasta el plazo máximo de un año y dentro de un territorio razonable habida cuenta de las circunstancias.

Finalmente, se aclara (art. 1523) que el contrato de franquicia, por sí mismo, no debe ser considerado un pacto que limite, restrinja o distorsione la competencia. En este sentido, se lee en los fundamentos del Proyecto de reformas que esta norma está prevista *«(…) por cuanto la franquicia es en la Argentina un negocio que beneficia a los pequeños inversores y no se han verificado estas situaciones. De todos modos, en el Título Preliminar está contemplado el abuso de posición dominante (…)».*

V. RESPONSABILIDAD CIVIL, CONCURSAL Y LABORAL EN LA FRANQUICIA

De acuerdo a los conceptos precedentemente vertidos, dada la situación de control que detenta el dador de la franquicia respecto del tomador, en función

de la normativa proyectada que unifica el Código Civil con el Código de Comercio (Decreto 191/2011) y también de acuerdo a la normativa vigente, cabe formular los siguientes interrogantes:

(i) Desde la óptica civil:

a) ¿Debe responder el franquiciante por los daños extracontractuales causados o por los incumplimientos contractuales[14] en que ha incurrido el franquiciado ante terceros (consumidores o no)?

(ii) Desde la óptica laboral:

a) ¿Debe responder el franquiciante por las deudas laborales y de la seguridad social del franquiciado?

(iii) Desde la óptica concursal:

a) ¿En caso de quiebra del franquiciado, se extiende la quiebra al franquiciante?
b) ¿En caso de quiebra del franquiciado, debe responder el franquiciante ante los acreedores del franquiciado, por haber provocado o facilitado o agravado la insolvencia del tomador de la franquicia?

Debemos ser muy cuidadosos al contestar estos interrogantes pues, según la solución a la cual arribemos, podemos desalentar la utilización de este contrato (y también la concesión, agencia y distribución) por las implicancias que puede tener para el franquiciante (o concedente o comitente o distribuido) el hecho de juzgar su conducta con gran severidad.

Como dijo la Corte Suprema de Justicia de nuestro país en el precedente «Rodríguez, Juan c/ Compañía Embotelladora Argentina, S. A. y otro»[15]: *(…) la finalidad económica de la franquicia comercial se frustraría si el derecho aplicable responsabilizara sin más a los concedentes por las deudas laborales de la concesionaria, con perjuicio para la economía nacional por las indudables repercusiones que ello tendría en las inversiones, en contratos de este tipo. Esta Corte no puede omitir la consideración de estas circunstancias, pues como reiteradamente ha juzgado no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo, toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma (fallos 302:1284) (…)».*

Más aún, proponemos un análisis «económico» de la responsabilidad del franquiciante en los diversos aspectos por cuanto, creemos, que con este particular tipo de análisis los operadores jurídicos pueden repensar las funciones de las instituciones jurídicas desde la realidad, apreciando especialmente cuáles son

las consecuencias que una norma o decisión judicial producen en la sociedad y sus individuos.

1. Responsabilidad civil: ¿Debe responder el franquiciante por los daños extracontractuales causados o por los incumplimientos contractuales en que ha incurrido el franquiciado ante terceros (consumidores o no)?

En principio, la relación jurídica —contractual o extracontractual— entre el franquiciado y los terceros es ajena a la que se establece entre dador y tomador de la franquicia.

En efecto, el franquiciado actúa en nombre propio y no es mandatario ni representante del franquiciante. Por lo tanto, las vicisitudes de las relaciones jurídicas entre franquiciado y terceros, especialmente las de carácter convencional, son *res inter alios acta* para el franquiciante; quien se erige en un «tercero ajeno» que no puede ser alcanzado por las consecuencias derivadas de aquellas.

Así las cosas, como regla, el franquiciante no responde por los incumplimientos contractuales del franquiciado (art. 1195 CC y arts. 1021 y 1022, Proyecto de reformas 191/2011) respecto de terceros co-contratantes de este y que no sean *consumidores*.

Por ejemplo, el franquiciado compró carne —para preparar las hamburguesas que vende en su negocio— al establecimiento comercial que le indicó el franquiciante (según el manual operativo) y no paga el precio correspondiente a dicha compra de mercadería. Como dijimos, el co-contratante que le vendió la carne solo podrá demandar al franquiciado con quien entabló la relación contractual mercantil y no podrá hacerlo contra el franquiciante, quien no es parte de dicho contrato comercial.

Por ello es importante que el franquiciado indique claramente su calidad de persona independiente en sus facturas, contratos y demás documentos comerciales (art. 1520, Proyecto de reformas 191/2011)

En cambio, ¿qué pasará si quien resulta lesionado por la conducta del franquiciado es un cliente del restaurante que termina intoxicado con la comida que injirió en el mismo?

En este caso, la solución cambia, pues estamos en presencia de un contrato de consumo celebrado entre franquiciado y cliente (art. 1, Ley 24.240 y art. 1093, Proyecto de reformas 191/2011). Consecuentemente, se activa el artículo 40 de la Ley 24.240 y, además de responder el «franquiciado-vendedor» del producto en mal estado, lo hará el franquiciante en tanto «puso su marca en la cosa o servicio» cuyo vicio o riesgo causaron el daño.

El dador de la franquicia, si bien no es parte del contrato de consumo, sí lo es de la relación de consumo, noción más amplia acorde con nuestra Constitución Nacional (art. 42); ostentando el franquiciante la calidad de «proveedor»,

según el artículo 2 de la citada ley de consumo[16], creando a su vez una situación de «apariencia jurídica» o de «identidad común» junto con el tomador de la franquicia dentro de la red franquiciada.

Finalmente, podemos plantear —quizás con carácter de excepción— un supuesto poco frecuente pero no imposible.

Que ocurrirá si el franquiciado de la red de franquicia titular de la marca «A» incurre en actos que desprestigian la imagen y/o la marca de otra franquicia titular de la marca «B», con la cual compite en el mercado. El titular de la marca de la franquicia «B» afectado —que en este caso no es un consumidor— sin duda podrá reclamar el cese de tal conducta y el resarcimiento de los daños respectivos contra el franquiciado autor de la conducta ilícita.

Este no es el enigma a develar. La cuestión a saber es si el franquiciante de la marca «B» afectado: ¿Podrá dirigirse también contra el *franquiciante* de la marca «A» *por los hechos de su franquiciado?*

Para dilucidar si el franquiciante debe responder por los hechos del franquiciado, se han ensayado —en general— diversas teorías que pueden ayudarnos a contestar nuestro interrogante.

Creemos importante citarlas por cuanto la responsabilidad del franquiciante por los hechos de su franquiciado es explicada desde la óptica de la normativa civil, al no ser aplicable la Ley 24.240 en tanto y en cuanto —como ocurre en nuestro ejemplo— el afectado no es un consumidor.

Tesis de la irresponsabilidad

Se ha explicado en tal sentido que la autonomía es esencial al contrato de franquicia. Si hay franquicia hay independencia. El franquiciado actúa a su propio nombre y riesgo: consecuentemente asume todos los riesgos frente a terceros[17].

Tesis de la dependencia civil[18]

Desde esta óptica se ha dicho que el control externo ejercido por el franquiciante crea generalmente una relación de subordinación técnica muy cercana a la dependencia que justificaría la responsabilidad vicaria[19]; destacándose, sin embargo, que el dador de la franquicia *no responde si no ha tenido ninguna posibilidad de controlar*[20].

Tesis de la apariencia jurídica

Hay quienes entienden que el fundamento de la responsabilidad radica en la apariencia jurídica creada frente a los terceros, de quien pone la marca en un producto y crea una expectativa. Este aserto va complementado con el argumento según el cual el riesgo provecho que obtiene quien generó esa apariencia también actúa como fundamento mediato de la imputación[21].

Conclusión

Conforme los argumentos expuestos por cada una de estas teorías y, según nos enrolemos en cualesquiera de ellas, podremos hallar una respuesta a nuestro interrogante que nos permita concluir si el franquiciante responde (o no) por los hechos de su franquiciado en el contexto que hemos desarrollado en el último interrogante planteado.

2. Responsabilidad laboral: ¿El franquiciante debe responder por las deudas laborales del franquiciado?

Con anterioridad al Proyecto de reformas al Código Civil 191/2011, la Corte Federal se pronunció sobre el tema en el precedente «Rodríguez, Juan c/ Compañía Embotelladora Argentina, S. A. y otro»[22]. Estableció como regla que el artículo 30 LCT[23] —que reglamenta la responsabilidad de los empresarios en los casos de subcontratación y delegación frente a los dependientes de los contratistas— no es aplicable, *«toda vez que un empresario suministre a otro un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución. Este efecto se logra en la práctica comercial por los contratos de concesión, distribución, franquicia y otros que permiten a los fabricantes o, en su caso, a los concedentes de una franquicia comercial, vincularse exclusivamente con una empresa determinada sin contraer riesgo crediticio alguno por las actividades de esta última, que actúa en nombre propio y a su riesgo (…) en los contratos de concesión, distribución y los demás mencionados, la actividad normal del fabricante o concedente excluye las etapas realizadas por el distribuidor o concesionario, por lo que no existe contratación de servicios en los términos de la LCT, artículo 30»*.

Coherente con esta solución, el Proyecto de reforma resuelve que las partes del contrato son independientes y no existe relación laboral entre ellas (art. 1520). En consecuencia (…) *los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral*.

De esta manera, queda claro que el contrato de franquicia no se encuentra comprendido en el artículo 30 LCT (Ley de Contrato de Trabajo).

En efecto, «(…) El franquiciante no contrata un *trabajo o servicio correspondiente a la actividad de su establecimiento,* ya que la actividad del franquiciado se desarrollará en *otro* establecimiento, con autonomía. Son sujetos (partes) independientes. El *franchisor* solamente le proporciona su marca, sus técnicas de producción, su *know-how,* en una palabra, su «plan negocial», y el franquiciado contratará los trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica del establecimiento. Justamente, el franquiciante celebra un contrato de *franchising,* y no otro contrato, para que el propio franquiciado contrate los trabajos o servicios que correspondan a la actividad de su propio establecimiento. De otro modo, le sería más conveniente contratar —como empleador— directamente el personal que desarrollará tareas en el establecimiento del franquiciado, pues tendría un control más directo sobre todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo. Solución incompatible con la franquicia»[24].

Obviamente, quedan a salvo aquellos casos donde existe fraude laboral en los cuales no habrá fragmentación de la responsabilidad y el franquiciante deberá hacerse cargo del pasivo laboral del franquiciado. Así, si un empleador hiciera figurar a sus empleados como empleados de una empresa franquiciada insolvente, estaríamos en presencia de un resultado análogo al prohibido por la ley, ya que sería un caso de interposición simulada puesto que el verdadero empleador es el que está oculto bajo la figura del franquiciante, mientras que el franquiciado no es más que un prestanombre; adquiriendo el contrato carácter instrumental dentro de la maniobra fraudulenta[25].

3. Responsabilidad concursal del franquiciante por la insolvencia del franquiciado

A) *Introducción*

Desde esta óptica cabe formular los siguientes interrogantes:

(i) ¿En caso de quiebra del franquiciado, se extiende la quiebra al franquiciante?

(ii) ¿En caso de quiebra del franquiciado, debe responder el franquiciante ante los acreedores del franquiciado, por haber provocado o facilitado o agravado la insolvencia del tomador de la franquicia?

Básicamente, la discusión se plantea en torno a los artículos 161, inciso 1.º[26] y 173, segundo párrafo[27], de la Ley 24.522 de concursos y quiebras (LCQ).

En efecto, hay quienes han sostenido que puede existir un «control externo» entre entes societarios vinculados a través del contrato de franquicia, motivando el siguiente interrogante:

¿No habiendo dudas que el inciso 2.°[28] del artículo 161 LCQ contempla exclusivamente el caso de control interno (art. 33, inciso 1.° e inciso 2.°, primera parte[29], Ley 19.550), constatada la existencia de una relación de control externo (art. 33, inciso 2.°, segunda parte[30], Ley 19.550 de sociedades comerciales), permite subsumir la conducta de la «controlante» en el inciso 1.° del artículo 161 LCQ, cumplimentados los restantes recaudos de dicha normativa?

En otros términos, *¿Se puede extender la quiebra del franquiciado al franquiciante en caso de que este ejerza un «control externo» sobre aquel?*

En caso afirmativo, *¿Con qué fundamento jurídico?*

En caso negativo, *¿Cómo exigir al franquiciante que responda patrimonialmente por el pasivo que le generó al franquiciado?*

B) *Clases de control*

Esencialmente, y desde el punto de vista societario, podemos describir las relaciones de control de la siguiente manera:

(i) El «control interno»

Es el desarrollado desde adentro de la sociedad —por las participaciones sociales (acciones, cuotas o partes de interés) que se detentan— a través de la formación de las mayorías necesarias en las reuniones sociales (art. 33, inc. 1.º e inc. 2.º, primera parte de la Ley 19550). Existen tres vías para consolidar esta especie de control:

a) Porque se posee la «mayoría» de los votos. En este caso, los socios reúnen la mayoría estatutaria o, lo que es lo mismo, una cantidad de votos igual o mayor a los que exige el estatuto para aprobar resoluciones en las reuniones sociales (conf. art. 33, inc 1.º, Ley 19.550). Es el *control interno mayoritario*.

b) Porque aunque el controlante no posee la mayoría de los votos, detenta los «suficientes» para adoptar las decisiones en las reuniones o asambleas ordinarias del ente social controlado. Esta forma de control interno es común en aquellas sociedades en las cuales existe una gran dispersión de los socios (v.gr.: sociedades anónimas «abiertas») lo que, sumado al desinterés de muchos de ellos por el gobierno de la entidad

(v.gr.: que se traduce en reiteradas inasistencias en las asambleas, etc.), permite que un grupo reducido de socios que detentan un número no mayoritario de participaciones sociales pueda controlar la formación de la voluntad social. En otros términos, la controlante ejerce una influencia dominante (control interno minoritario), el cual se caracteriza por que el o los socios —sin tener la mayoría estatutaria— se impone/n habitualmente en las reuniones sociales (conf. art. 33, inc 2.º, primera parte de Ley 19.550). Es el *control interno minoritario.*

c) Cuando los socios a través de pactos, acuerdan una forma de votar en las reuniones o asambleas ordinarias de la sociedad controlada, que permite formar la voluntad social. Estos pactos o convenios pueden adoptar —en las sociedades anónimas— la forma de «sindicación de acciones». Aunque cuestionado, pues atentaría contra el principio deliberativo que es inherente y esencial al órgano de gobierno[31] de la sociedad, se trata de un acto jurídico contractual de naturaleza «parasocietaria» a través del cual determinados socios convienen votar en las asambleas en un mismo e idéntico sentido, inhibiéndose de disponer sus títulos por un determinado periodo, a los fines de dar mayor coherencia a la política de gestión o de oposición que pretendan llevar a cabo en la sociedad[32].

d) Asimismo, la doctrina distingue dentro del control interno en «control interno de hecho» y «control interno de derecho». El primero —regulado en el art. 33, inc. 2.° LSC, primera parte— se verifica cuando la controlante no posee la mayoría del capital o de los votos, pero sí una participación suficiente para que, en los hechos, prevalezca en las decisiones; ejerciendo una *influencia dominante*. El segundo —regulado en el art. 33, inc. 1.° LSC, se verifica cuando la controlante sí posee la mayoría del capital o de los votos que permite que predominen sus decisiones.

(ii) El «control externo»

Es el que proviene desde afuera de la sociedad (art. 33, inc 2.º, segunda parte de la Ley 19550) con motivo de obligaciones que asumió en contratos celebrados con otros sujetos de derecho que ejercen una influencia dominante (v.gr.: contrato de agencia, concesión, franquicia, etc.) generándose, básicamente, un situación de poderío económico capaz de imponer determinada conducta a la controlada.

Sin embargo, no debemos creer que la sola existencia de la relación contractual configura un «abuso» o se constituye en un «hecho ilícito *per se».* Es necesario que se produzca *un desvío de los fines propios del contrato que sirve de base a la relación de control;* provocando una situación de dominación.

En suma, el control no depende de vínculos accionarios, sino del influjo de otras relaciones económicas que determinan a la sociedad a tomar decisiones en el sentido que lo desea la sociedad o la persona dominante, que no ejerce por sí ese dominio mediante los votos en las decisiones sociales[33].

Por ejemplo, la situación de proveedor o comprador monopólico por parte del controlante (v.gr.: único suministrador de insumos, materias primas, etc.); o también, la relación de dependencia que puede generarse en el marco de los contratos de «distribución» (agencia, distribución, concesión y franquicia).

Con suma claridad, DOBSON nos proporciona otros ejemplos tales como[34]:

— la titularidad de patentes de inventos industriales que permite utilizar a terceros la prestación de tecnologías de avanzada, procedimientos industriales que colocan a terceros que los utilizan en una situación de verdadera dependencia respecto de su titular; o

— el caso de un acreedor importante que puede ejercer el control de su deudor de la manera más efectiva, mediante la amenaza de la ejecución por la vía individual o colectiva puede fácilmente lograr la imposición de políticas empresarias determinadas; ejerciendo así una dominación que puede ser utilizada en su propio beneficio. Así, a los fines de la renovación de créditos, podrán imponerse determinadas condiciones de ejercicio de la actividad futura, estableciéndose los ramos de actividad a perseguir, y también cuáles han de ser abandonados. Se pueden establecer reorganizaciones administrativas de la empresa en el futuro, con despidos del personal, y contratación de otros que se estimen más idóneos, cambios en la dirección —sustituyendo directores que se estiman inhábiles y reemplazándolos por otros que se considera de mayor aptitud—. Se puede diseñar la política financiera futura de la empresa, determinándose el grado de endeudamiento en que se ha de incurrir en forma específica, generalmente con una relación respecto del activo físico. Se pueden imponer directivos específicos nombrados por los acreedores a fin de asegurar que las políticas establecidas se cumplan efectivamente. También es usual nombrar —por los mismos acreedores— servicios de auditoría con el deber de informar sobre la evolución de los negocios y el efectivo cumplimiento de las pautas adoptadas, a los acreedores.

C) *Un precedente*

Como punto de partida, a los efectos de abrir el debate, traemos a colación un precedente interesante que generó una profunda discusión en la doctrina; nos referimos al caso «Macrini Hnos.», resuelto por la CCiv. y Com., Sala 4.ª, de Rosario (el 19-5-1993)[35].

En este supuesto, «Macrini Hnos., S. R. L.» integraba una red de agentes oficiales que comercializaban planes de ahorro de productos electrodomésticos en la que Círculos Integrados, S. A., administraba los planes de ahorro y Electrodomésticos Aurora, S. A., se dedicaba a la fabricación y comercialización de artículos para el hogar, como así también proveía a Círculos Integrados, S. A., los productos necesarios para que esta los entregara a los suscriptores de los planes de ahorro que administraba, no existiendo vinculación contractual alguna entre Macrini Hnos., S. R. L. y Electrodomésticos Aurora, S. A. Se decreta la quiebra de la S. R. L. y la sindicatura promueve la extensión de la quiebra —con fundamento en el art. 165, inc. 1.°, Ley 19.551[36]— a los otros dos entes sociales, solución que es acogida por el juez de primera instancia y *revocada* por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala 4.ª, quien concluye que es improcedente la extensión de la quiebra si las empresas se hallaban vinculadas por un contrato de agencia.

En *primera instancia,* el juez extiende la quiebra de «Macrini Hnos., S. R. L.» —agente oficial de comercialización de planes de ahorro de productos electrodomésticos— a Círculos Integrados, S. A. —administradora de los planes de ahorro— y a Electrodomésticos Aurora, S. A. —fabricante y comercializadora de artículos para el hogar— con base en el artículo 165, inc. 1.°, Ley 19.551 (actual art. 161, inc. 1.°, Ley 24.522), argumentando la ausencia de autonomía jurídica de la quebrada respecto de los otros dos sujetos de derecho.

Esta carencia de independencia jurídica se habría verificado, supuestamente, en el caso de Círculos Integrados, S. A., en virtud del contrato de agencia celebrado con la fallida, mientras que respecto de Electrodomésticos Aurora, S. A. —y pese a no tener vínculo contractual directo con Macrini Hnos., S. R. L.— por ser la que proveía a Círculos Integrados, S. A., los productos necesarios para que esta los entregara a los suscriptores de los planes de ahorro que administraba; siendo la comercializadora de estos planes la quebrada Macrini Hnos., S. R. L.

Más allá del acierto o error de lo resuelto por el juez de primera instancia, su decisión implica tomar partido por la tesis que admite el «abuso de control externo» —con base en el art. 161, inc. 1.° LCQ como causal de extensión de la falencia al controlante.

En *segunda instancia,* por su parte, se revoca la sentencia de primera instancia por entender que la ley falimentaria no recepta el «control externo» como causal *per se* de extensión de quiebra, arguyéndose también que los supuestos de extensión constituyen un *numerus clausus* de interpretación restrictiva y el «control externo» no está comprendido. Además, se cuestiona el hecho de que realmente haya existido una relación de control (y un abuso de esta) entre los dos sujetos a quienes se pretendió extender la quiebra y la propia fallida.

En suma, si el control externo ha sido ejercido abusivamente y ha provocado la falencia de la controlada corresponde ejercer las acciones de responsabilidad

contempladas en el artículo 173 de la Ley 24.522 y no declarar la quiebra por extensión, pues la ley concursal no prevé ese efecto.

D) *Las teorías*

A continuación, citaremos diversas opiniones que han intentado dar respuesta a nuestro interrogante. Creemos relevantes mencionarlas en sus lineamientos principales, pues el fallo de primera instancia del precedente citado implica tomar partido por la idea según la cual, nuestro Derecho positivo admite la comunicación falencial en caso de verificarse una relación de control externo.

a) Improcedencia de la extensión de la quiebra en caso de control externo

El único caso de control societario en el cual se extiende la quiebra es el *control interno mayoritario,* pues la ley [art. 161, inc. 2.°, párrs. *a)* y *b)* LCQ y art. 33, inc. 1.° LSC) alude a la participación que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social.

Por el contrario, como la extensión de la quiebra es una solución excepcional, de interpretación restrictiva, que no puede ser aplicada analógicamente a situaciones no contempladas en la ley, el control externo y el control interno minoritario no autorizan a extender la falencia al controlante, y solo autorizan a atribuirle responsabilidad patrimonial en los términos del artículo 173, segundo párrafo LCQ[37].

Otros entienden que solo el control interno autoriza la extensión de la quiebra, aunque comprende tanto el mayoritario cuanto al minoritario, pues el control se aprecia en abstracto y no en concreto. Así puede ocurrir que, un socio posea el 30 por 100 de los votos con los cuales forma la voluntad social, en tanto y en cuanto los demás socios no asisten a las asambleas o reuniones sociales; ese control es relevante a los efectos de la extensión de la quiebra. No es viable la extensión de la quiebra en el supuesto de control externo[38].

4. Procedencia de la extensión de la quiebra en caso de control externo

Con fundamento en el artículo 165, Ley 19.551 (hoy 161, inc. 1.° LCQ), se sostiene que, comprobado el control externo y siempre que se verifiquen los demás recaudos establecidos en la norma de referencia, la quiebra puede extenderse también al controlante externo.

«*(…) Admitiendo entonces que un ejercicio distorsionado o abusivo de la "influencia dominante" obtenida a través de las cláusulas que otorgan pre-*

eminencia al partenaire privilegié *en un contrato de suministro, agencia, concesión, distribución o franquicia, ha terminado por convertirlo en un verdadero "contrato de dominación" y que el dominado deja de estar* in bonis *y se le decrete la quiebra: ¿Podemos o no podemos intentar una extensión de la misma al dominante? (…) Entiendo que —si se demuestra que entre dos sujetos se ha dado una hipótesis de control del tipo analizado— y que, el ejercicio abusivo de los derechos brindados al controlante por las cláusulas de dominación convenidas en su momento ha tenido una incidencia directa en la cesación de pagos del sujeto, puede extenderse la quiebra al* partenaire privilegié, *si su conducta "calzara" en las previsiones del artículo 165, Ley 19551 (…)»*[39].

VI. CONCLUSIÓN

Luego de analizadas las diversas posturas en materia de responsabilidad civil, laboral y concursal en la franquicia, podemos concluir que lo que debe imperar en las soluciones a las que se arribe en los distintos ámbitos es alcanzar un delicado equilibrio que concilie dos aspectos:

I. Por un lado, no convierta al «franquiciante» en el causante de todos los males, que termine por desalentar la celebración de este negocio tan importante para la economía de nuestro país.

II. Por el otro, no deje sin la debida reparación o satisfacción de sus créditos a los terceros perjudicados por la actuación del franquiciado cuando el franquiciante ha tenido suficiente influencia causal en la misma, que lo convierta en autor del daño injustamente sufrido por aquellos.

En nuestra modesta opinión, el Proyecto de reformas 191/2012 de la República Argentina ha logrado alcanzar —en lo sustancial— ese espíritu conciliador.

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRÍA, Héctor (1978): «Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante, sociedad controlada y situación de control», Bs. As., *RDCO,* año 11.

ALTERINI, Atilio (1993): «Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza», en VV.AA.: *«Derecho de daños», segunda parte, homenaje a Félix Trigo Represas,* Bs. As., ed. La Rocca.

BERGEL, Salvador D.: *Extensión de la quiebra por abuso de los poderes del controlante (art. 165, inc. 2.°, Ley 19.551),* L.L. 1984-D-972.

DI LELLA, Nicolás (2010): «Extensión de quiebra por abuso de control externo —por especiales vínculos— y las llamadas cláusulas covenants en los créditos sindicados», en *Sup. CyQ* (agosto), 1, LA LEY 2010-E, 692.

DOBSON, Juan M. (1985): *El abuso de la personalidad jurídica (en el Derecho Privado),* Bs. As., ed. Depalma.
ECHEBARRÍA SENZ, Joseba A. (1995): *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas,* Madrid, ed. McGraw-Hill.
FARINA, Juan M. (2005): *Contratos comerciales modernos,* ed. Astrea, Bs. As., 3.ª ed.
GUYENOT, Jean (1968): *Les contrats du concession commerciale,* París, Sirey.
KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (1992): *Daños causados por los dependientes,* Bs. As., ed. Hammurabi.
LORENZETTI, Ricardo L. (1999): *Tratado de los contratos,* t. 1, Santa Fe, ed. Rubinzal Culzoni.
MARTORELL, Ernesto: *Breves estudios sobre concursos y quiebras: ¿Procede la extensión de quiebra por abuso de control contractual?,* L.L. 1993-E-708.
MARZORATI, Osvaldo (1992): *Sistemas de distribución comercial,* Bs. As., ed. Astrea.
MOLINA SANDOVAL, Carlos (2012): «Franquicia», en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación,* Bs. As., ed. Abeledo Perrot.
— (2003): *Sindicación de acciones. Contornos jurídicos de los acuerdos de accionistas,* Bs. As., ed. LexisNexis.
NISSEN, Ricardo A. (1998): *Curso de Derecho Societario,* Bs. As., ed., Ad-Hoc, Bs. As.
RIVERA, Julio (1997): *Instituciones de Derecho Concursal,* Santa Fe, t. 2, ed. Rubinzal Culzoni.

ÍNDICE RESOLUCIONES

- CSJN, 15-4-93, «Rodríguez, Juan R. c/ Cía. Embotelladora Argentina, S. A. y otro».
- CSJN, 2-7-93, «Luna c/ Agencia Marítima Rigal».
- CSJN, 25-6-96, «Sandoval c/ Compañía Embotelladora Argentina».
- CCiv. y Com., Sala 4.ª, de Rosario, 19-5-1993, «Macrini Hnos., S. R. L.».

NOTAS

[1] FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos* (2005), Bs. As., ed., Astrea, 3.ª ed., pág. 456.

[2] GUYENOT, Jean, *Les contrats du concession commerciale* (1968), París, Sirey.

[3] LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos* (1999), Santa Fe, t. 1, ed. Rubinzal Culzoni, pág. 666.

[4] ECHEBARRÍA SENZ, Joseba A., *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas* (1995), Madrid, ed. McGraw-Hill, pág. 28.

[5] Es el caso, por ejemplo, de la legislación de los estados de Kentucky, Nebraska, Michigan, Utah y Texas.

[6] Además existen dos leyes federales sobre franquicias: la *Petroleum Marketing Practices Act* (esta fue sancionada por el Congreso norteamericano en junio de 1978) y la *Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunities Ventures o Full Disclosure Rule* (esta última es obra de la Comisión Federal de Comercio y entró en vigor el 21 de octubre de 1979).

[7] Conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina, CSJN), 15-4-93, «Rodríguez, Juan R. c/ Cía. Embotelladora Argentina, S. A. y otro», J.A. 1993-II-718; íd., 2-7-93, «Luna c/ Agencia Marítima Rigal», DT 1993-B-1407; íd., 25-6-96, «Sandoval c/ Compañía Embotelladora Argentina», J.A. 1995-IV-97.

[8] El artículo 1513 aclara qué debe entenderse por sistema de negocios. En tal sentido, expresa que es el conjunto de conocimientos prácticos y la experiencia acumulada por el franquiciante, no patentado, que ha sido debidamente probado, secreto, sustancial y transmisible. Es secreto cuando su conjunto o la configuración de sus componentes no es generalmente conocida o fácilmente accesible. Es sustancial cuando la información que contiene es relevante para la venta o prestación de servicios y permite al franquiciado prestar sus servicios o vender los productos conforme con el sistema de negocios. Es transmisible cuando su descripción es suficiente para permitir al franquiciado desarrollar su negocio de conformidad a las pautas creadas o desarrolladas por el franquiciante.

[9] Se ha dicho con razón: «Se alude a "prestación directa o indirecta", pero sin brindar los alcances de la noción (lo cual sería conceptualmente razonable si se brindara tales alcances). En toda la regulación de la franquicia (y en todo el proyecto) no se alude a la noción de "prestación indirecta", lo cual deja un amplio margen de especulación (…) Por ello no surge de manera clara si puede haber un contrato de franquicia sin prestación alguna (o si el concepto de prestación indirecta incluye tales ideas) en el que la única intención del franquiciante sea dar a conocer o promocionar su marca en otros mercados o en el que su interés derive de la ganancia de la venta de los productos mediante las actividades del franquiciado. Pese a la ausencia de prestaciones directas (o incluso indirectas), la práctica contractual de la franquicia hasta el presente claramente incluye en aquellos supuestos en los que exista un procedimiento reproducible bajo alguna marca o designación comercial común. Debe recordarse, asimismo, que el contrato de franquicia es un contrato complejo que incluye en su seno muchas estipulaciones contractuales, tales como la provisión de productos o servicios, asesoramiento técnico, contable o financiero, *pool* de publicidad, capacitación de empleados y proveedores, etc., y por ello es muy difícil establecer de manera taxativa qué se entiende por prestación indirecta» (Molina Sandoval, Carlos, «Franquicia», en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* (2012), Bs. As., ed., Abeledo Perrot, pág. 725).

[10] Es decir, se prohibiría el desarrollo de la franquicia en el marco de una relación de control interno —societario— entre franquiciante y franquiciado. No estaría prohibido el control externo. Según el artículo 33 de la Ley 19.550: «Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada: 1. Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias, y 2. Ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades».

[11] Una situación particular se plantea con la franquicia de desarrollo, que es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a un franquiciado denominado desarrollador, el derecho a abrir múltiples negocios franquiciados bajo el sistema, método y marca del franquiciante en una región o en el país durante un término prolongado no menor a CINCO (5) años, y en el que todos los locales o negocios que se abren dependen o están controlados, en caso de que se constituyan como sociedades, por el desarrollador, sin que este tenga el derecho de ceder su posición como tal o subfranquiciar, sin el consentimiento del franquiciante.

[12] Franquicia mayorista es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a una persona física o jurídica un territorio o ámbito de actuación nacional o regional o provincial con derecho de nombrar subfranquiciados, el uso de sus marcas y sistema de franquicias bajo contraprestaciones específicas (art. 1513).

[13] ARTÍCULO 1084. Configuración del incumplimiento. A los fines de la resolución, el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato. Se considera que es esencial cuando: *a)* el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato; *b)* el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del man-

tenimiento del interés del acreedor; *c)* el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar; *d)* el incumplimiento es intencional; *e)* el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor.

[14] Esta distinción desaparece de aprobarse el Proyecto de Unificación del Código Civil con el Código de Comercio de 2012. Se lee en los Fundamentos: *«En materia de reparación, y siguiendo a los proyectos anteriores, se recepta la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual. Al respecto, existe uniforme opinión doctrinal que ha sido expresada en distintos encuentros científicos. También los proyectos anteriores se inclinan por la misma tesis. Por ejemplo, el artículo 1581 del Proyecto de 1998, dispone: "Las disposiciones de este Título son aplicables cualquiera que sea la fuente del deber jurídico de cumplir o de reparar el daño". El texto proyectado confiere unicidad al régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual. Comparando con el Proyecto de 1998, se suprime la referencia al "deber de cumplir", recogiendo las observaciones efectuadas acerca de que esa mención (deber de cumplir) excede el ámbito de la responsabilidad civil y es materia de las obligaciones en general. Además, por la misma razón, se suprime el inciso* a) *del artículo 1584. La tesis que se adopta es la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica la homogeneidad, ya que hay diferencias que subsisten. Con la solución que proponemos se unifican claramente los supuestos que han generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (ejemplo, responsabilidad médica). En cuanto a la problemática derivada del incumplimiento, queda regulada en el campo obligacional y contractual. Frente al incumplimiento, el acreedor persigue la ejecución forzada para obtener la prestación, y, si no es posible o no lo desea, pretende una indemnización sustitutiva. Ello exige diferenciar, dentro del espectro de los daños resarcibles, el valor de la prestación originariamente pactada, de los otros perjuicios que se sufren. La primera indemnización es el equivalente de la prestación debida, también denominada* aestimatio rei, *o* id quod interest. *La naturaleza de esta pretensión ha dado lugar a dos posiciones diferentes:* a) *la tesis de la autonomía considera que el derecho del acreedor a obtener el valor de la prestación es una acción previa e independiente de la indemnización de los ulteriores o adicionales daños y perjuicios. Es simplemente la obligación originaria, que devino de imposible cumplimiento, que se transforma en dinero. La* aestimatio rei *es un subrogado de la prestación que devino imposible y, por tanto, una forma de cumplimiento de la obligación por equivalente. En cambio, los demás daños forman parte de una acción de responsabilidad en sentido estricto, porque surge una nueva obligación a partir del hecho ilícito (incumplimiento), ya que antes no existían esos perjuicios.* b) *La tesis de la unidad entiende que la ilicitud es un único fenómeno y comprende tanto la acción de cumplimiento por equivalente como la del resarcimiento de los demás daños. Cuando el acreedor se decide por la ejecución forzada, es la misma obligación la que se perpetúa* (perpetuatio obligationis), *pero, cuando se trata de indemnización, hay un cambio de objeto y ello es una mutación esencial. Se trata siempre de una nueva obligación creada a partir de un hecho antijurídico que es el incumplimiento. Este último es una calificación de la conducta del deudor, y no de su patrimonio, por lo tanto no se trata de una mera modificación del objeto de una situación patrimonial objetiva, sino un nuevo comportamiento del deudor que, en forma personal, genera un ilícito. La doctrina argentina está dividida entre ambas posiciones. Tratando de superar las discusiones teóricas, el problema tiene solución práctica si establecemos una regla general para la unificación de los ámbitos de responsabilidad y una regulación especial para el cumplimiento de la prestación comprometida mediante un contrato. En la propuesta que se hace, se distingue la problemática del incumplimiento y su ejecución, regulada en el campo de las obligaciones y contratos, de los demás aspectos, que se incluyen en la responsabilidad por daños».*

[15] J.A. 1993-II-718. En esta oportunidad, el máximo Tribunal de la República dejó sin efecto la sentencia que había hecho extensiva a la co-demandada —Pepsi Cola Argentina, S. A.— la responsabilidad laboral de Cía. Embotelladora Argentina, S. A. (quien se encargaba de la venta y distribución de bebidas).

[16] «Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley».

[17] MARZORATI, Osvaldo, *Sistemas de distribución comercial* (1992), Bs. As., ed. Astrea.

[18] La dependencia civil consiste en la posibilidad de dar órdenes o instrucciones acerca de la manera como deben cumplirse las funciones que se realizan en interés de quien da esas órdenes o instrucciones; se traduce en la facultad de dirigir, vigilar, intervenir en la conducta de otro; requiere dos personas ligadas por una relación jerárquica, una con derecho a mandar y otra con deber de obedecer. No es necesario que efectivamente se haya impartido alguna orden, sino que «pueda haberse hecho»; hay que atenerse a la existencia de la autoridad y no al ejercicio de ella. Mas, la facultad de dar órdenes, por sí sola, no es suficiente para la configuración de la dependencia; es necesario que la función encomendada *satisfaga el interés de quien puede darlas;* por eso, el capataz de los obreros de una cuadrilla no es comitente o principal pues las funciones no se cumplen en *su* interés sino en el del empleador; el sargento que manda a los soldados tampoco reviste tal calidad, pues imparte órdenes en el interés de la fuerza, y no en el suyo personal. La relación de «dependencia civil» no se identifica con la subordinación laboral. A los efectos de la dependencia civil es irrelevante que el trabajo sea ocasional, transitorio o permanente, y que el dependiente reciba o no remuneración. No es necesario que exista subordinación económica ni social, ni que el dependiente haya sido designado por el comitente; es indiferente que el dependiente esté vinculado al comitente por un contrato, pues es suficiente que el encargo derive de una situación de hecho (por ejemplo, un amigo, que durante la ausencia del propietario del inmueble, realiza una reparación causando daños al vecino). No impide la existencia de subordinación la circunstancia de que el cumplimiento de la función requiera en el dependiente conocimientos especiales que el comitente no posee (por ejemplo, el dueño de una clínica privada no deja de ser principal de los médicos cirujanos que prestan sus servicios en ella por la circunstancia de no saber operar).

[19] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Daños causados por los dependientes* (1992), Bs. As., ed. Hammurabi.

[20] Para determinar cuándo una persona actúa como dependiente y, consecuentemente compromete la responsabilidad del principal, es uno de los problemas centrales de esta responsabilidad por el hecho de otro. Se enumeran las principales teorías, de la más restrictiva (perjudicial a la víctima), a la más extensa (beneficiosa para la víctima) y se concluye con la que se estima más justa: 1) Según una tesis antigua, prácticamente abandonada, es necesario que el hecho del dependiente haya sido cometido en ejercicio de las funciones encomendadas, es decir, el daño debe haberse producido desempeñando la labor ordenada y no otra. Por ejemplo, no existe responsabilidad del comitente si se ordenó al dependiente podar la viña y el daño se produjo porque este decidió quemar malezas y el fuego se extendió en terreno del vecino. Sí responde, en cambio, si el daño fue causado con motivo de la poda de las malezas. 2) En una visión más aperturista, además del caso anterior, hay responsabilidad para el comitente cuando los daños se han producido durante el ejercicio abusivo o aparente de la función encomendada. No es necesario acreditar que el hecho dañoso pertenezca realmente a la función; basta que se encuentre aparentemente dentro de ella. Por ejemplo, el chofer de un vehículo oficial que se desvía del recorrido para efectuar en el trayecto una gestión particular y causa un daño, compromete la responsabilidad del comitente, pues el perjuicio se ha producido cuando el subordinado abusaba de sus funciones. Aplicando esta tesis al ejemplo de la quema de malezas, existe responsabilidad del comitente, pues es una tarea que aparentemente está comprendida en las funciones del obrero rural, aunque en el caso se lo hubiese prohibido expresamente. 3) Para una tercera teoría, el principal responde por los daños causados por el dependiente con motivo de las funciones encargadas; es decir, cuando existe una relación de medio a fin entre la función y el daño, de modo que sin función no hubiese habido daño. Por ejemplo, el comitente responde de las lesiones producidas por el

conductor de un ómnibus que golpea a quien pretendía subir el coche luego de un altercado originado en la función pues de no haber sido chofer, el daño no se habría producido. Con este criterio también existe responsabilidad en los ejemplos proporcionados anteriormente, pues de no haber sido empleado del patrón, el autor no hubiera podido quemar las malezas de ese campo, ni haber utilizado el automóvil oficial para una gestión particular. 4) Para otra tesis, se extiende la responsabilidad del principal aún a aquellos daños que se causan en ocasión de las funciones; se entiende por tales aquellos en que la función ha brindado la oportunidad o ha facilitado notoriamente el acaecimiento del perjuicio, aun cuando no puede afirmarse que la función sea su causa adecuada. Por ejemplo, para esta tesis el Estado debe responder si un agente de policía, con el arma de la repartición, que tiene obligación de portar, dispara y hiere a un hombre, amante de su esposa; se afirma que en estos casos, la función ha sido una mera ocasión pues, el marido engañado hubiera matado a la víctima en cualquier otra circunstancia, y 5) Para una última postura, el comitente es responsable siempre que el hecho ilícito tenga una razonable vinculación con las tareas. La ventaja de esta postura consiste en proporcionar al juez una fórmula que no es cerrada, y que le permite dictar una resolución justa, de acuerdo con las circunstancias del caso.

[21] Alterini, Atilio, «Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza», en VV.AA., *Derecho de daños, segunda parte, homenaje a Félix Trigo Represas* (1993), Bs. As., ed. La Rocca, pág. 539.

[22] J.A. 1993-II-718.

[23] «Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitados a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social. El incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social».

[24] Molina Sandoval, Carlos, «Franquicia», en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* (2012), Bs. As., ed. Abeledo Perrot, pág. 733.

[25] Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., *Tratado de los contratos* (1999), Santa Fe, t. 1, ed. Rubinzal Culzoni, pág. 535.

[26] «La quiebra se extiende (…) 1) A toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores».

[27] «Responsabilidad de terceros. Quienes de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra, deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso».

[28] «La quiebra se extiende (…) 2) A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte. A los fines de esta sección, se entiende por persona controlante: *a)* aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social; *b)* cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo *a)* precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso». Recordemos que el Proyecto de reforma al Código Civil (art. 1512, decreto 191/2011) establece que «*el franquiciante no puede tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado*».

[29] «Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada: 1. Posea participación, por cualquier

título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias, y 2. Ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas (…)».

[30] «Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada (…) 2. Ejerza una influencia dominante (…) por los especiales vínculos existentes entre las sociedades».

[31] En cualquier tipo de sociedad comercial, el órgano de gobierno está constituido por la reunión de socios, que forman la voluntad social mediante resoluciones adoptadas conforme al principio general que instaura la regla de las mayorías. Estas resoluciones deben ser cumplidas por el órgano de administración y son obligatorias para todos los socios, aún para los ausentes y disidentes. Se habla de órgano de gobierno porque es competente para tomar las decisiones fundamentales que hacen a la vida de la sociedad (v.gr.: modificación de los estatutos, control de la gestión de los administradores, designación y remoción de estos, disolución de la sociedad, aumento de capital social, cambio de objeto social, fusión con otras sociedades, etc.).

[32] Nissen, Ricardo A., *Curso de Derecho Societario* (1998), Bs. As., ed. Ad-Hoc, Bs. As., pág. 425. Ver por todos la excelente obra de Carlos Molina Sandoval, *Sindicación de acciones. Contornos jurídicos de los acuerdos de accionistas* (2003), Bs. As., ed. LexisNexis.

[33] Alegría, Héctor, *Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante, sociedad controlada y situación de control* (1978), Bs. As., RDCO, año 11, 1978, pág. 304.

[34] Dobson, Juan M., *El abuso de la personalidad jurídica (en el Derecho Privado)* (1985), Bs. As., ed., Depalma, pág. 365 y sigs.

[35] Publicado en *Colección de Análisis Jurisprudencial, Derecho Concursal,* dirigido por Julio César Rivera y coordinado por Mauricio Boretto, ed., La Ley, Bs. As., 2006, pág. 299.

[36] La quiebra se extiende: 1) a toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores.

[37] Rivera, Julio, *Instituciones de Derecho Concursal* (1997), Santa Fe, t. 2, ed. Rubinzal Culzoni, págs. 299-307. Consultar también Di Lella, Nicolás, «Extensión de quiebra por abuso de control externo —por especiales vínculos— y las llamadas cláusulas covenants en los créditos sindicados», *Sup. CyQ* 2010 (agosto), 1, LA LEY 2010-E, 692.

[38] Bergel, Salvador D., *Extensión de la quiebra por abuso de los poderes del controlante (art. 165, inc. 2.°, Ley 19.551),* L.L. 1984-D-972.

[39] Martorell, Ernesto, *Breves estudios sobre concursos y quiebras: ¿Procede la extensión de quiebra por abuso de control contractual?,* L.L. 1993-E-708.

(Trabajo recibido el 7-1-2014 y aceptado para su publicación el 20-2-2014)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Coordinado por Juan José Jurado Jurado

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier Aguirre Fernández

Corrección de errores. Resolución de 24-3-2014
Registro de la Propiedad de Mojácar
(BOE 30-5-2014)

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Sobradamente ha sido señalado por las Resoluciones citadas en «Vistos» y numerosas más, que los embargos anotados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, caducan por el transcurso del plazo de cuatro años, contado desde la anotación practicada. La caducidad, *ipso iuris,* se produce por el transcurso fatal del término, el cual vence el mismo día de la anotación, cuatro años después, lo que supone el decaimiento del derecho, pese a no ser el asiento formalmente cancelado. En el presente caso, la presentación del segundo mandamiento se produce cuando ya había transcurrido el plazo de cuatro años de la anotación anterior, por lo que debe confirmarse el defecto, de naturaleza insubsanable, apreciado por el registrador.

Resolución de 27-3-2014
(BOE 5-5-2014)
Registro de la Propiedad de Motril, número 1

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO: REQUISITOS. EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA INSCRIPCIÓN DE UN EXCESO DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No se admite la posibilidad de reanudación de tracto sucesivo a través de expediente de dominio cuando el promotor sea causahabiente del titular registral, ya que, en tales casos, no hay verdadero tracto interrumpido y lo procedente es aportar el título de adquisición (en el caso de este expediente habrá que elevar a público el contrato de compraventa privada). Al adquirir los promotores del expediente por compraventa, en documento privado, de la titular registral, falta el presupuesto previo para esta clase de expedientes, esto es, la interrupción del tracto. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid., por todas, la Resolución de 17-9-2009) que el auto judicial que ha de resolver el expediente debe cumplir todas las manifestaciones y requisitos formales y sustantivos exigidos por la normativa aplicable al procedimiento, entre los que se incluye el previsto en el artículo 286 del Reglamento Hipotecario, en cuanto impone que estos autos dispongan la cancelación de las inscripciones contradictorias, normativa esta con eficacia para todos los expedientes de reanudación de tracto independientemente de la antigüedad de la inscripción contradictoria a cancelar, pues otra cosa no cabe deducir de su redacción y regulación sistemática. Ha de tenerse en cuenta que en la manifestación o mandato judicial de proceder a la cancelación de determinados asientos registrales, que implica una alteración de los asientos registrales, la necesidad de adecuación del auto judicial a la normativa aplicable al procedimiento se hace, si cabe, más indispensable, pues en otro caso la salvaguardia judicial de los asientos registrales que el mismo artículo 1 de la Ley Hipotecaria consagra quedaría relativizada, en merma de la seguridad jurídica. Es igualmente doctrina reiterada de este Centro Directivo que estas dudas del registrador solo pueden impedir la inmatriculación o la inscripción del exceso cuando se documenta en escritura pública o por certificación administrativa —cfr. arts. 208, 300 y 306 del RH—, pero no en vía de principios, en los supuestos de expediente de dominio (véanse Resoluciones de 10-5-2002, 10-9-2003, 28-4-2005, 7-7-2006, 11-12-2010 y 4-5-2011), pues, en este último caso se trata de un juicio que corresponde exclusivamente al juez, por ser este quien, dentro del procedimiento, goza de los mayores elementos probatorios para efectuarlo, y de los resortes para hacerlo con las mayores garantías.

Resolución de 27-3-2014
(BOE 5-5-2014)
Registro de la Propiedad de Illescas, número 2

HERENCIA: PARTICIÓN JUDICIAL.

Si bien es cierto que los artículos 787.2 y 788 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7-1-2000 —antes, los arts. 1081 y 1092 de la LEC de 1881— prevén la protocolización de la resolución judicial aprobando las operaciones divisorias

cuando no haya oposición o luego que los interesados hayan manifestado su conformidad con las mismas, de aquí no se sigue necesariamente que el único título formal para la inscripción en el Registro de la Propiedad de las adjudicaciones respectivas, sea ese «testimonio» del acta notarial de protocolización, pues debe tenerse en cuenta al respecto: *a)* que conforme a los artículos 3 y 14 de la Ley Hipotecaria y 80 del Reglamento Hipotecario, uno de los títulos aptos para la inscripción de las particiones será, en su caso, la pertinente «resolución judicial firme en que se determina las adjudicaciones efectuadas a cada interesado»; *b)* que sin prejuzgar ahora sobre la específica naturaleza de las operaciones particionales realizadas a través del cauce procedimental del procedimiento judicial para la división de la herencia (antes juicio voluntario de testamentaría) cuando media la conformidad —o no hay oposición— de los interesados al proyecto elaborado por los contadores nombrados al efecto, es lo cierto que se trata de actuaciones estrictamente judiciales (cfr. arts. 782 y sigs. de la LEC), correspondiendo, por tanto, al secretario judicial en exclusiva y con plenitud dar fe de las mismas (cfr. arts. 145 y 788 de la LEC y 453 de la LOPJ), de modo que el testimonio del auto aprobatorio de dicha partición expedido por el secretario judicial es documento público (arts. 1216 del CC y 454 de la LOPJ) que acredita plenamente no solo la realidad del acto particional, sino además, su eficacia en tanto que, aprobado judicialmente, puede exigirse su cumplimiento (cfr. art. 788.1 de la LEC); y, *c)* que sin prejuzgar ahora sobre la vigencia de esa necesidad de protocolización notarial de las actuaciones judiciales seguidas, a la vista del artículo 454 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que encomienda al secretario judicial la función de documentación y la formación de autos y expedientes y su constancia, el acta notarial respectiva se limitará a incorporar al protocolo del notario autorizante en cumplimiento del mandato judicial respectivo —mandato que, además, en el presente expediente no existe— los autos, seguidos, pero no tiene por objeto documentar una nueva prestación del consentimiento por los coherederos e interesados en la partición realizada (cfr. arts. 211 y 213 del RN), de modo que no añadiría a la certificación judicial del auto aprobatorio de la partición incluido en la documentación protocolizada, un efecto probatorio del que no gozase ya por sí mismo.

Resolución de 28-3-2014
(BOE 5-5-2014)
Registro de la Propiedad de Don Benito

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Es continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del art. 326 de la LH y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, sentencia de 22-5-2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la validez o no del título inscrito ni de su derecho a inscribir o anotar, cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales (art. 66 de la LH).

Resolución de 28-3-2014
(BOE 5-5-2014)
Registro de la Propiedad de Benidorm, número 1

TERCERÍA DE DOMINIO: ALCANCE.

Procede ahora valorar en el supuesto concreto de este expediente si el fallo de la sentencia recoge una declaración de dominio que sea susceptible de inscripción. La respuesta debe ser negativa, el fallo —«declaro que siendo propiedad... se alza el embargo decretado... cancelándose la anotación que se hubiere practicado»— solamente recoge la declaración de propiedad de la recurrente como requisito previo e indispensable para decidir el levantamiento del embargo, dado que en otro caso sería improcedente, pero no contiene mandato alguno relativo a la inscripción del dominio. Por el contrario, en el Fundamento de Derecho primero, tal y como recoge la registradora en su informe, textualmente dice: «La Tercería de Dominio es una acción especial, pensada con la única finalidad de obtener el alzamiento de un embargo erróneamente trabado sobre los bienes del actor, el tercerista, en un proceso de ejecución despachado frente a otra persona. Pretende la tercería, de modo exclusivo, deshacer el error sufrido por el juez ejecutor en la atribución expresa o tácita, al ejecutado de la titularidad de ciertos bienes que, en realidad y desde antes del embargo, pertenecen al patrimonio de un tercero...».

Resolución de 31-3-2014
(BOE 5-5-2014)
Registro de la Propiedad de Pola de Siero

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

El artículo 86 de la Ley Hipotecaria determina que las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de la fecha de la anotación misma, salvo aquellas que tengan señalado en la Ley un plazo más breve, pudiendo prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que el mandamiento, ordenando la prórroga, sea presentado antes de que caduque el asiento. Este Centro Directivo, en Resolución de 9-1-2014, ha recogido la reiterada doctrina del mismo (en «Vistos») en virtud de la cual, habiéndose presentado —incluso expedido— el testimonio —referido a la correcta finca registral número 40.725— con la diligencia complementaria de la del mandamiento ordenando la prórroga, transcurridos los cuatro años de vigencia de la anotación, se ha producido la caducidad de esta. Esta caducidad opera de forma automática, *ipso iure*, sin que a partir de entonces pueda surtir ningún efecto la anotación caducada, que ya no admite prórroga alguna, cualquiera que sea la causa que haya originado el retraso en la expedición del mandamiento ordenando la prórroga, debido a la vida limitada con la que son diseñadas tales anotaciones preventivas en nuestro sistema registral.

Resolución de 31-3-2014
(BOE 5-5-2014)
Registro de la Propiedad de Moncada, número 2

HIPOTECA: CERTIFICADO DE TASACIÓN EN HIPOTECA EN LA QUE NO INTERVIENE UNA ENTIDAD DE CRÉDITO. HIPOTECA: EXTENSIÓN OBJETIVA RESPECTO AL TERCER POSEEDOR.

Queda fuera de duda, por tanto, que para poder inscribir los pactos de ejecución directa sobre bienes hipotecados o el pacto de venta extrajudicial en las escrituras de constitución de hipotecas, o en otras posteriores en que se pretenda incluir dichos pactos, resulta imprescindible que se le acredite al registrador, a través de la certificación pertinente, la tasación de la finca hipotecada «realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario», y que el valor (o precio) en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no sea inferior, en ningún caso, al 75 por 100 del valor señalado en la tasación realizada conforme a la citada Ley. Las normas transcritas que así lo establecen tienen carácter imperativo, inderogable por la voluntad de las partes, por lo que su infracción pararían en la nulidad de la estipulación que incurriesen en tal infracción, lo que la inhabilita para su acceso al Registro de la Propiedad (cfr. art. 18 de la LH) y, por tanto, para permitir el ejercicio de la acción hipotecaria por tales vías procedimentales (cfr. art. 130 de la LH). A la vista de las anteriores consideraciones, se plantea la cuestión de si la exigencia de certificación de tasación de la finca es aplicable a los supuestos de la constitución de una hipoteca entre particulares sin que intervenga una entidad financiera como acreedor hipotecario. Y la contestación, atendiendo a la legislación vigente, que no distingue entre unas y otras hipotecas, debe ser afirmativa de su necesidad con independencia de la naturaleza del acreedor hipotecario. Finalmente respecto del último defecto de la calificación, este Centro Directivo ha rechazado («Vistos») por contraria al límite del artículo 112 de la Ley Hipotecaria, la inscripción del pacto de extensión de la hipoteca a nuevas construcciones (estipulación 22) por no salvar la protección del tercero establecida en el citado artículo. Dado el carácter no dispositivo y de orden público de la ejecución hipotecaria y en consecuencia del régimen de responsabilidad de la hipoteca frente a terceros adquirentes del inmueble hipotecado, no cabe admitir modalizaciones convencionales en este ámbito. Como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 19-1-1996, vulneran el artículo 112 de la Ley Hipotecaria los pactos por los que se extiende la hipoteca a las nuevas construcciones realizadas sobre la finca hipotecada cualquiera que sea el titular que realice tales construcciones y, por tanto, sin excluir de dicha extensión el supuesto en que estas son realizadas por un tercer poseedor. En tal sentido dichas cláusulas de extensión objetiva de las hipotecas a las nuevas construcciones solo pueden admitirse por referencia a las realizadas por el propio deudor o por quien se subrogue en su lugar.

Resolución de 1-4-2014
(BOE 5-5-2014)
Registro de la Propiedad de Antequera

CONCURSO DE ACREEDORES: CANCELACIÓN DE EMBARGOS ADMINISTRATIVOS.

La competencia del juez del concurso es vis atractiva, no solo para llevar a cabo las ejecuciones singulares, sino para ordenar también la cancelación de los embargos y anotaciones practicadas en las mismas, de manera que la regla general de que la competencia para cancelar una anotación preventiva la tiene el mismo juez o tribunal que la hubiera ordenado (cfr. art. 84 de la LH), debe ceder a favor de esta competencia del juez del concurso como consecuencia del procedimiento universal de ejecución, calificación de competencia que podrá hacer el registrador al amparo en el artículo 100 de la Ley Hipotecaria La universalidad de la ejecución dentro de la que el legislador ha entendido y ha querido mantener la preferencia para el cobro de procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo antes de la declaración de concurso, está sustentado en la naturaleza pública del acreedor y en la facultad de autotutela de la Administración, como era ya tradición en nuestro Derecho de ejecución colectiva. Ahora bien, además de ser la diligencia de embargo administrativo anterior a la declaración concursal, los bienes no deben ser necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor. Cuestión esta última que, como ya tiene reiteradamente afirmado este Centro Directivo, es una competencia del juez del concurso. Este respeto a la ejecución aislada de las ejecuciones derivadas de diligencia administrativa de embargo anterior al concurso, se traduce en materia de cancelaciones, de manera que la posibilidad que tiene el juez del concurso de ordenar cancelaciones en las ejecuciones que quedan suspendidas, no la tiene cuando se trata de cancelaciones de embargos susceptibles de ejecución separada. Así, el artículo 55.3 de la Ley Concursal termina diciendo con claridad que «el levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos». No obstante, la calificación de la competencia del juez o tribunal y de la adecuación de la resolución con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, debe conducir, en este caso, a un juicio favorable, a practicar el asiento y por tanto a estimar el recurso. En efecto, en el presente expediente, el juez del concurso ha declarado la procedencia de la venta y la cancelación de las cargas, por considerarlo necesario —con profusión de argumentos— para la continuidad de la actividad de la concursada; y se ha dado audiencia a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que podía haber interpuesto los recursos procedentes, incluido el de conflictos de jurisdicción, pero según consta en el mandamiento o no se han interpuesto o no han prosperado, pues la providencia por la que se ordena la cancelación es firme.

Resolución de 1-4-2014
(BOE 5-5-2014)
Registro de la Propiedad de El Ejido, número 1

CONCURSO DE ACREEDORES: CANCELACIÓN DE HIPOTECAS ANTERIORES A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO.

No habiéndose ejercitado separadamente la hipoteca (cfr. art. 57.3 de la LC), el pago de los créditos hipotecarios ha de hacerse con cargo a los bienes afectos en proceso de ejecución colectiva (art. 155.1 de la LC); y, no habiendo plan de liquidación (art. 148 de la LC), procede enajenar los bienes conforme al artículo 149.1.3.*a)* y su remisión al artículo 155.4, en este caso mediante subasta, pagándose los créditos con privilegio especial en la forma prevista en el artículo 155.3, es decir, atendiendo a la prioridad temporal registral, siendo competente el juez del concurso para ordenar la cancelación de las hipotecas, y, en este sentido, debe interpretarse el artículo 149.3, siempre que los acreedores hipotecarios, cuyas hipotecas se pretenden cancelar, hayan sido debidamente notificados (arts. 656 y 688 de la LEC y 132.2 de la LH).

Resolución de 2-4-2014
(BOE 5-5-2014)
Registro de la Propiedad de Zamora, número 2

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA.

El artículo 53, apartado siete, de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, exige para toda inmatriculación que se aporte, junto al título inmatriculador, «certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de esta en dicho título». Desde el punto de vista del derecho transitorio, nada obsta a lo aquí expuesto el hecho de que la escritura hubiera sido otorgada antes de la entrada en vigor de la Ley 13/1996, pues, como ya ha señalado esta Dirección General en materia de segregación (vid. Resolución de 23-7-2012), siendo la inmatriculación un acto jurídico de carácter estrictamente registral y, por tanto, y precisamente por tal carácter, su inscripción queda sujeta a los requisitos y autorizaciones vigentes en el momento de presentar la escritura en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior, de modo que es así perfectamente posible, en nuestro sistema, que haya derechos legítimos, sustantivamente hablando, ya que no adolecen de vicio material alguno que los invalide y que sin embargo no se puedan inscribir (cfr., por ejemplo, el art. 254 de la LH); y también es perfectamente posible que puedan llegar a extenderse (por razones que no vienen ahora al caso) inscripciones de derechos inexistentes o nulos (cfr. arts. 34 y 38 a contrario de la LH).

Resolución de 2-4-2014
(BOE 5-5-2014)
Registro de la Propiedad de Rute

NOVACIÓN DE HIPOTECA: APLICACIÓN DE LA LEY 1/2013.

Para la inscripción de una escritura de novación, otorgada después de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, en la que se nova y amplía un préstamo hipotecario inscrito con anterioridad a la publicación de dicha Ley, no es necesario pactar expresamente que el vencimiento anticipado del préstamo solo sea posible por impago de, al menos, tres plazos mensuales o un número de cuotas equivalente. En la hipoteca inicial, objeto de novación, se preveía el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo garantizado por impago de cualquier cuota de amortización de capital y/o intereses, y que solo podrá acudirse al procedimiento de ejecución extrajudicial por falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada, sin admitir otras causas distintas de ejecución.

Resolución de 3-4-2014
(BOE 5-5-2014)
Registro de la Propiedad de Montblanc

HERENCIA: PARTICIÓN HECHA POR LOS COHEREDEROS.

Es doctrina de este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos») que en el caso de partición y adjudicaciones en la que no concurran la totalidad de los herederos, se quiebra el principio de que la partición de la herencia se debe realizar por todos los coherederos por unanimidad, pues una cosa es el derecho hereditario a aceptar la herencia, que no es más que un derecho en abstracto al conjunto de bienes que integran la herencia y otra el derecho en concreto sobre bienes o cuotas determinadas, en tanto no se lleve a efecto la partición de la herencia, de modo que, es necesario el concurso de todos los llamados a la partición de la herencia para que cada derecho hereditario en abstracto se convierta en titularidades singulares y concretas sobre los bienes del caudal hereditario.

Resolución de 8-4-2014
(BOE 13-5-2014)
Registro de la Propiedad de Herrera del Duque

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: PRÓRROGA.

El artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario, en consonancia con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. La prórroga del asiento de presentación ahora solicitada es improcedente, puesto que no se basa en ninguno de los supuestos contemplados en la legislación hipotecaria, ni el recurrente tiene la condición de presentante, ni la consideración de interesado en el título que provoca el repetido asiento de presentación, ya que ni es titular registral de derecho alguno sobre la finca, ni es transmitente o adquirente en el título de donación.

Resolución de 9-4-2014
(BOE 13-5-2014)
Registro de la Propiedad de Chipiona

DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE: INMATRICULACIÓN Y DESLINDE.

Ciertamente la Ley de Costas atribuye la competencia para realizar el deslinde de dominio público marítimo-terrestre al Servicio Periférico de Costas correspondiente (art. 20.3 del Reglamento de Costas) pero es preciso tener en cuenta que la actuación que lleva a cabo ahora la Autoridad Portuaria no es una operación de deslinde en los términos en que la Ley y Reglamento de Patrimonio de las Administraciones Públicas lo conceptúan. La Autoridad Portuaria no lleva a cabo el procedimiento de deslinde ni ninguna de las actuaciones previstas en los artículos 62 a 67 del citado Reglamento de Patrimonio ni en los correspondientes de la Ley y Reglamento de Costas. La Autoridad Portuaria se limita a instar la actuación del Registro de la Propiedad una vez que el deslinde ha finalizado y está debidamente aprobado en los términos legalmente previstos. En definitiva, acreditado que la Autoridad Portuaria es titular de la adscripción de la finca demanial cuya inmatriculación se pretende y que le corresponde su gestión, no solo tiene atribuida competencia para solicitar su inscripción en el Registro de la Propiedad con la consecuente solicitud de rectificación de las inscripciones contradictorias, es que está obligada a hacerlo.

Resolución de 9-4-2014
(BOE 13-5-2014)
Registro de la Propiedad de Denia, número 2

PROPIEDAD HORIZONTAL: OPONIBILIDAD DE LOS ACUERDOS DE LA COMUNIDAD.

Es reiterada la doctrina de este Centro Directivo que determina que en los supuestos de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, aunque sea a través de un consentimiento colectivo, no puede afectar a los titulares registrales de departamentos que adquirieron con posterioridad al acuerdo de modificación y accedieron al Registro con anterioridad a la pretensión de inscripción de la modificación del título constitutivo y ello con independencia de la formulación de los consentimientos en acto colectivo o individualizado. La constatación del consentimiento de los nuevos propietarios a los acuerdos que se pretenden inscribir sí puede acreditarse mediante certificación del secretario con el visto bueno del presidente de la comunidad, en la que conste la comunicación de los acuerdos a todos los copropietarios actuales, pues como se ha expuesto anteriormente, no es preciso su consentimiento individualizado y expreso, ahora bien, y esto enlaza con los demás defectos observados en la nota de calificación, la acreditación de los cargos del presidente y secretario de la comunidad, como ha reiterado este Centro Directivo, puede verificarse por una doble vía: testimonio notarial del contenido del libro de actas, o bien por certificación expedida por el órgano de la comunidad que tenga facultad certificante, con aseveración notarial, con referencia al libro de actas, de que el autor de la certificación se halla en el ejercicio de su cargo, constituyendo por tanto defecto que no se acredite

en ninguna de dichas formas que los que solicitan la inscripción ostenten los cargos que alegan.

Resolución de 10-4-2014
(BOE 13-5-2014)
Registro de la Propiedad de Sagunto, número 2

DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO VOLUNTARIOS: REQUISITOS PARA SU CONFIGURACIÓN COMO DERECHO REAL INSCRIBIBLE.

Ninguna duda ofrece la admisión en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos de adquisición preferente constituidos por la voluntad de las partes como verdaderos derechos reales innominados. Y ello siempre que se cumplan los requisitos y se respeten los límites institucionales o estructurales propios de los derechos reales. Las objeciones del registrador se refieren más bien a las exigencias derivadas del principio de especialidad registral, exigencias más apremiantes en el caso de los títulos relativos a la constitución de derechos reales atípicos en los que el Derecho dispositivo no puede integrar las lagunas del título constitutivo. El poder de configuración de nuevos derechos reales de la autonomía de la voluntad para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social tiene, en este sentido, dos límites, uno negativo y otro positivo. En razón del primero, como señaló la citada Resolución de 14-6-2010, recogiendo abundante doctrina anterior, se impone como fundamental límite «el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado». O como afirma la Resolución de 4-3-1993, y ha reiterado recientemente la de 19-12-2013, en este ámbito la autonomía de la voluntad «tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia *erga omnes* de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc.». Y en virtud del límite positivo, se hace «imprescindible la determinación del concreto contenido y extensión de las facultades que integran el derecho que pretende su acceso al Registro», pues esta determinación, esencial para el lograr el amparo registral (cfr. arts. 9 y 21 de la LH y 51 de su Reglamento) en los derechos reales atípicos, por definición, no puede integrarse por la aplicación supletoria de las previsiones legales. Respecto del carácter transmisible del derecho configurado, no se advierte motivo alguno por el cual pueda llegar a entenderse que los derechos de tanteo y retracto voluntarios pactados tienen carácter personalísimo. Y ello no solo por el carácter estrictamente excepcional que tienen los derechos personalísimos en el ámbito de los derechos patrimoniales, y por el régimen general de la sucesión *mortis causa* (arts. 657 y 659 del CC) a que alude el recurrente, sino también porque la eficacia de los contratos, aun siendo subjetivamente relativa y no absoluta, se extiende no solo a los contratantes, sino también a sus herederos, y ello salvo respecto de los derechos y obligaciones derivados del contrato que no sean transmisibles bien «por la naturaleza, o por pacto, o por

disposición de la Ley» (cfr. art. 1257 del CC). En relación con los derechos reales de retracto voluntario se han de diferenciar dos tipos de plazos. Por un lado, el plazo de ejercicio del retracto, una vez producida la enajenación que desencadena la posibilidad del ejercicio; este plazo debe concretarse en un «breve término» a contar desde que tal enajenación es notificada al titular del derecho de retracto o desde que pudo ser conocida por este titular. Término cuya concreción es requisito de la constitución misma del derecho de adquisición como derecho real. Y en segundo lugar, el plazo de duración del derecho mismo. En el caso de los derechos reales innominados que puedan constituirse al amparo de la doctrina del *numerus apertus* y del principio de la autonomía de la voluntad, la cuestión que se plantea es determinar los límites legales que rigen en la constitución de estos derechos, pues, sin llegar a constituir prohibiciones de disponer, en cierta medida restringen la facultad de disponer y vinculan relativamente la propiedad.

Resolución de 10-4-2014
(BOE 13-5-2014)
Registro de la Propiedad de Sant Vicencs dels Horts, número 1

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO AL TERCER POSEEDOR.

Conforme a los artículos 132 de la Ley Hipotecaria y 685 de la LEC, es necesaria la demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiendo la Ley Hipotecaria que lo han acreditado quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas.

Resolución de 14-4-2014
(BOE 13-5-2014)
Registro de la Propiedad de Huelva, número 3

CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS DE EJERCICIO.

Los requisitos exigidos para obtener la reinscripción a favor del transmitente, como consecuencia del ejercicio de la facultad resolutoria explícita del artículo 1504 del Código Civil, son los siguientes: *a)* Debe aportarse el título del vendedor (cfr. art. 59 del RH), es decir, el título de la transmisión del que resulte que el transmitente retiene el derecho de reintegración sujeto a la condición resolutoria estipulada; *b)* La notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento, grave (STS 21-9-1993), que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta (SSTS 18-12-1991, 14-2 y 30-31992, 22-3-1993 y 20-2 y 16-3-1995); y *c)* El documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares

de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6 del RH). Este requisito se justifica porque la resolución produce, respecto de una y otra parte, el deber de «restituirse lo que hubiera percibido», en los términos que resultan del artículo 1123 del Código Civil. Se trata de un deber que impone recíprocas prestaciones y que, como ocurre en la ineficacia por rescisión, uno de los contratantes solo estará legitimado para exigir del otro la devolución cuando cumpla por su parte lo que le incumba (cfr. art. 175.6 del RH). Y este requisito no puede dejar de cumplirse bajo el pretexto de una cláusula mediante la que se haya estipulado que para el caso de resolución de la transmisión por incumplimiento, el que la insta podrá quedarse con lo que hubiese prestado o aportado la contraparte, por cuanto puede tener lugar la corrección judicial prescrita en el artículo 1154 del Código Civil (Resoluciones de 29-12-1982, 16 y 17-9-1987, 19-1 y 4-2-1988 y 28-3-2000), sin que quepa pactar otra cosa en la escritura (Resolución de 19 -7-1994).

Resolución de 21-4-2014
(BOE 30-5-2014)
Registro de la Propiedad de Caldas de Reis

OBRA NUEVA: CONTROL DE LOS USOS PERMITIDOS EN LA EDIFICACIÓN.

De la regulación legal resulta indubitado que el uso autorizado no es una característica accidental de la edificación, sino que forma parte de su estructura integrando el contorno que delimita su contenido. De aquí se sigue que la alteración del uso permitido implica una alteración del contenido del derecho de propiedad, de la propiedad misma. El control administrativo en relación a si una edificación concreta y determinada puede ser objeto de un uso específico, se lleva a cabo con carácter previo mediante la oportuna licencia de edificación y determinación de usos y posteriormente con la licencia de ocupación (o autorización semejante) que tiene por objeto la verificación de que la edificación autorizada se ha llevado de acuerdo a (entre otras cosas) los usos previstos y aprobados. La contravención de la normativa urbanística se reprime de acuerdo a la aplicación de las previsiones sobre disciplina mediante las sanciones contempladas al respecto. La inscripción se verifica acreditando la concurrencia de los requisitos establecidos por la normativa urbanística o bien acreditando por medio de certificado o documento hábil que han transcurrido los plazos para el ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición de conformidad con lo previsto en el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo en su redacción vigente al tiempo de la autorización y presentación. La correspondencia entre usos autorizados y descripción registral se garantiza, en el primer caso, que es el que interesa a los efectos del presente expediente, por la aseveración del técnico competente de que la descripción hecha en el título se ajusta al proyecto para el que se otorgó la autorización, sin perjuicio de que cuando dicha descripción conste también en la propia licencia testimoniada en la escritura aquella concordancia la pueda apreciar también el registrador, sin que ello exima de la aportación de la correspondiente certificación técnica.

Resolución de 21-4-2014
(BOE 30-5-2014)
Registro de la Propiedad de Torrejón de Ardoz, número 3

RECURSO GUBERNATIVO: ADMISIBILIDAD AUNQUE SE HAYAN SUBSANADO LOS DEFECTOS SEÑALADOS EN LA NOTA. HIPOTECA: NOVACIÓN CON CARGAS INTERMEDIAS INSCRITAS A FAVOR DEL MISMO ACREEDOR TITULAR DE LA HIPOTECA NOVADA.

En cuanto a la admisión del recurso, como ya indicó este Centro Directivo en las Resoluciones de 14-7 y 15-10-2007 y resolviera el Tribunal Supremo en sentencia de 22-5-2000, la subsanación del defecto y la práctica, en su caso, de la inscripción solicitada, no son obstáculo para la interposición del recurso contra la calificación del registrador. En los supuestos de modificación de hipoteca por ampliación de la responsabilidad es posible practicar la inscripción, aun cuando no conste el consentimiento del titular intermedio, porque frente a él la ampliación no es oponible, resultando una situación similar a la de dos hipotecas distintas (vid. arts. 115 y 116 de la LH). A la misma conclusión se llega para el supuesto de modificación de hipoteca por ampliación del plazo cuando la carga intermedia es una anotación preventiva de embargo, pues, en tal caso, la modificación ni le perjudica ni le afecta en modo alguno. Por el contrario, la modificación por ampliación del plazo no puede llevarse a cabo, si existen inscripciones intermedias, sin consentimiento de su titular, pues la inscripción de la modificación (a diferencia de otros supuestos, vid. Resolución de 30-9-1987) altera el contenido de la obligación garantizada en términos tales que inevitablemente afecta a su titularidad. A la misma conclusión hay que llegar en el caso de que se trate del mismo acreedor, en primer lugar por la aplicación restrictiva que del silencio ha de hacerse en el plano registral, reducidos sus efectos a aquellos casos en que esté legalmente previsto como declaración tácita, antes bien en materia de posposición de hipotecas es criterio legal (cfr. art. 241.1.º del RH), que el acreedor que haya de posponer consienta expresamente, y en segundo lugar y principalmente porque la necesaria determinación del derecho real de hipoteca no puede quedar desvirtuada por la circunstancia de que el derecho posterior sea del mismo titular y esta determinación, consecuencia del principio hipotecario de especialidad, tiene especial relevancia para terceros, especialmente en el supuesto de transmisión tanto de la finca como de las hipotecas, pues es preciso que los adquirentes conozcan con seguridad la extensión y alcance de los derechos inscritos, y en concreto en el caso del adquirente de la segunda hipoteca debe conocer si la ampliación de plazo pactada opera o no en su contra. En consecuencia, se precisa el consentimiento expreso del titular de la hipoteca intermedia, aunque se trate del mismo titular de la hipoteca novada.

Resolución de 22-4-2014
(BOE 30-5-2014)
Registro de la Propiedad de Castro Urdiales

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: SUELO NO URBANIZABLE DE ESPECIAL PROTECCIÓN.

Procede que esta Dirección se pronuncie ahora sobre este nuevo supuesto de hecho, es decir, si solicitada la inscripción de una obra nueva de edificación antigua, ubicada sobre una parcela de suelo no urbanizable y de especial protección, al amparo del artículo 20.4 de la Ley de Suelo, pueden entenderse cumplidos los requisitos previstos en el citado precepto y, en particular, si puede entenderse que concurre el requisito de que en relación a la edificación de que se trata no procede ya la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes. Como dice la Resolución de este Centro Directivo de 6-5-2013: «el legislador sigue exigiendo que el registrador califique la antigüedad suficiente para considerar posible la prescripción de las acciones que pudieran provocar la demolición y, además que compruebe que la edificación no se encuentra sobre suelo demanial o afectado por servidumbres de uso público». Y en esta calificación el registrador, como afirmó la Resolución de 11-12-2012, deberá «constatar, por lo que resulte del Registro [y, cabe añadir, del propio título calificado], que la finca no se encuentra incluida en zonas de especial protección», en aquellos casos en que la correspondiente legislación aplicable imponga un régimen de imprescriptibilidad de la correspondiente acción de restauración de la realidad física alterada, pues en tales casos ninguna dificultad existe para que el registrador aprecie la falta del requisito de la prescripción, dado que su ausencia no queda sujeta a plazo y su régimen resulta directamente de un mandato legal. Cosa distinta de ello es que, a falta de constancia de datos en el Registro y en la documentación presentada de los que pueda derivarse o deducirse que se esté en el caso concreto en presencia de un supuesto de obra o edificación sujeto a un régimen legal de imprescriptibilidad de las correspondientes acciones de protección de la legalidad urbanística, deba mantenerse el criterio, reiteradamente sostenido por este Centro Directivo, de que lo que se ha de probar para obtener la inscripción, por la vía ahora examinada, de las declaraciones de obras antiguas es la fecha de la antigüedad de la obra, con antigüedad superior al plazo establecido por la legislación para la prescripción de la acción de disciplina urbanística, pero no necesariamente la efectiva extinción, por prescripción, del derecho de la Administración para la adopción de tales medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística (vid. Resoluciones de 12-11 y 11-12-2012), sin necesidad por tanto de exigir una compleja prueba de hechos negativos, pero sin perjuicio de que si dicha prueba obra en el Registro o en la documentación presentada el registrador la tome en cuenta en su calificación. Por tanto, el registrador habrá de calificar la posible imprescriptibilidad de la acción de restauración de la realidad física alterada, con posible demolición de lo edificado, por lo que resulte del Registro y del documento calificado. Por tanto, el registrador habrá de calificar la posible imprescriptibilidad de la acción de restauración de la realidad física alterada, con posible demolición de lo edificado, por lo que resulte de Registro y del documento calificado. En el primer caso —dada la falta de constancia, con carácter general, del planeamiento urbanístico en el Registro— bien a través de la anotación preventiva de la correspondiente incoación de expediente

sobre disciplina o restauración de la legalidad urbanística [vid. art. 51.1.*c)*, de la Ley de Suelo de 2008], bien a través de la constancia registral de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente a la finca. En el presente caso consta en el folio registral y en el propio título calificado el carácter rústico de la parcela sobre la que se declara la edificación, dato concordante con la certificación catastral aportada, circunstancia que obviamente la registradora puede y debe tomar en consideración en su calificación, y que puesta en relación con el mandato normativo de los artículos 208 y 212.1 de la Ley de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria y su norma de imprescriptibilidad de las acciones de restauración de la legalidad urbanística y de derribo, llevan a la lógica conclusión de que no se cumple la premisa objetiva de aplicación del artículo 20.4 de la Ley de Suelo en cuanto a que se trate de «construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes», norma que, por tanto, al no ser aplicable no daría cobertura a una solicitud de inscripción en un supuesto como el presente.

Resolución de 22-4-2014
(BOE 30-5-2014)
Registro de la Propiedad de Valdepeñas

FINCA REGISTRAL: IDENTIFICACIÓN Y LINDEROS.

Dado que existen dudas fundadas en la identidad de la finca agrupada en relación con la certificación catastral que la titular registral refiere a la total finca resultante de la agrupación, queda excluido, siquiera inicialmente, el Catastro como modo de identificación de la finca registral agrupada. Por lo que no pueden ser tenidos en cuenta ahora como datos descriptivos de la finca agrupada, según Registro, los linderos que la certificación catastral arroja respecto de la finca que el propio Catastro describe puesto que, siendo la superficie el área delimitada por los linderos, y tomada la misma, conforme a lo dispuesto en el artículo 51.4 del Reglamento Hipotecario, sobre la base de datos físicos referidos a las fincas colindantes, de aceptar los linderos señalados por el Catastro, necesariamente debería admitirse la superficie declarada por este, lo cual, como se ha reiterado, ha quedado en entredicho.

Resolución de 23-4-2014
(BOE 30-5-2014)
Registro de la Propiedad de Marchena

RECURSO GUBERNATIVO: PLAZO DE INTERPOSICIÓN CUANDO ALGÚN OTRO LEGITIMADO PARA INTERPONERLO HA INSTADO CALIFICACIÓN DE REGISTRADOR SUSTITUTO. OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: ACREDITACIÓN DE LA FECHA DE TERMINACIÓN.

En el caso del procedimiento registral nos encontramos, como ratifica la STS de 3-1-2011, ante un procedimiento especial, especialidad que se extiende también al recurso contra la calificación y a la calificación por sustitución, integrando

uno de los denominados procedimientos triangulares, en el que ha de primar la seguridad jurídica y en el que no se enfrentan el interés de la Administración y del administrado, sino el de diversos administrados entre sí —quien solicita la inscripción y quien como consecuencia de ella va a verse expulsado del Registro o afectado por su contenido— por lo que no hay razón alguna para que prime el interés de uno de ellos (quien no recurrió la resolución denegatoria) frente al de otros terceros (los perjudicados o afectados por la inscripción) —como ha declarado la SAP de Sevilla de 26-4-2010, «razones de certeza y seguridad jurídica, así como de incidencia respecto de terceros, exigen el cumplimiento estricto de los plazos y la especialidad procedimental registral» (vid., por todas, la Resolución de 30-1-2014)—. Y es desde esta perspectiva, obligadamente renovada por el necesario acatamiento de la doctrina jurisprudencial reseñada, desde la que ha de revisarse igualmente la doctrina de este Centro Directivo sobre la eficacia suspensiva de la solicitud de la calificación sustitutoria sobre el plazo para recurrir de los legitimados para ello respecto de quienes no hayan solicitado dicha intervención registral sustitutoria, doctrina basada, al menos en parte, en postulados que ya no pueden mantenerse. Por tanto, una vez notificada la calificación negativa inicial del registrador sustituido tanto al presentante/interesados como al notario o autoridad que expidió el documento calificado, cada uno de los legitimados en cada caso para ello podrá ejercitar separada e independientemente de los demás los derechos que la ley les concede frente a tal calificación desfavorable, de forma que en caso de optar por recurrir ante esta Dirección General el plazo para interponer dicho recurso es independiente para cada uno de los interesados conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria. En caso de que alguno de los legitimados para ello opte por solicitar la calificación sustitutoria prevista en el artículo 19.bis de la Ley Hipotecaria, no por ello quedan privados los demás interesados de su derecho a recurrir ante la Dirección General contra la calificación, por lo que tampoco hay motivo para entender que el plazo preclusivo que impone la ley para dicha interposición tempestiva quede suspendido o prorrogado en función de una actuación a la que son ajenos. De forma que dicho plazo se rige por lo dispuesto en las reglas generales, esto es, un mes desde la recepción de la notificación. Por el contrario, respecto del interesado que solicitó la calificación sustitutoria, solo respecto de él y solo respecto de los concretos defectos de los que haya solicitado su revisión motivando su discrepancia, el plazo de un mes del artículo 326 de la Ley Hipotecaria se computa no desde la notificación de la calificación inicial, sino desde la notificación de la calificación sustitutoria que haya confirmado tales defectos, pues así resulta de la regla 5.ª del artículo 19.bis de la Ley Hipotecaria, que establece una regulación especial para el interesado que ha optado por la calificación del registrador sustituto, como lo demuestra la dicción del propio precepto en que se dice que «devolverá este (el título) al interesado (que es el que ha ejercitado la opción ante el registrador sustituto) a los efectos de la interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, el cual deberá ceñirse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiera manifestado su conformidad», añadiendo la propia regla 5.ª que: «el registrador sustituto se ajustará a los defectos señalados por el registrador sustituido y respecto de los que los interesados hubieran motivado su discrepancia en el escrito en el que soliciten su intervención». Se plantea el caso en que uno de los interesados opte por recurrir y otro u otros opten por pedir la calificación sustitutoria. En este caso se origina una situación de pendencia en la calificación inicial que se traslada al propio recurso, pues la calificación cons-

tituye su objeto, objeto que queda provisionalmente en situación de indeterminación o incerteza. Por tanto, en este caso el procedimiento del recurso queda sujeto a un factor ajeno al mismo que lo condiciona (suerte de «litispendencia») que obliga a que el registrador sustituido informe al Centro Directivo del resultado de dicha calificación sustitutoria a efectos de coordinación. Así, en caso de que la misma sea favorable para el solicitante, debe entenderse que, al revocar la calificación primitiva, que era la recurrida, este Centro Directivo deberá sobreseer el procedimiento de recurso, al quedar sobrevenidamente sin objeto (en este caso la inscripción no se produciría por una subsanación forzada por la calificación, sino por una revocación de la calificación inicial, por lo que no sería aplicable la previsión del artículo 325 de la Ley Hipotecaria, que permite compatibilizar el recurso y la subsanación del título). Por el contrario, en caso de que la calificación sustitutoria confirme los defectos señalados por la inicial, esta Dirección General podrá continuar sustanciando el expediente y resolver el recurso interpuesto por otro interesado (y ello sin perjuicio de la posibilidad del interesado que instó la aplicación del cuadro de sustituciones para interponer, a su vez, recurso en el plazo de un mes contado desde la notificación de la calificación sustitutoria). Pero una cosa es que se produzca la suspensión de la resolución de la Dirección General en el trámite de recurso ya interpuesto dentro de plazo y otra diferente es que se pretenda la suspensión o interrupción del plazo mismo para interponer el recurso por uno de los interesados que dejó pasar los plazos y que pretenda aprovecharse de una tramitación no instada por él y a la que es ajena, pues el plazo de interposición de recurso para los interesados que no hayan acudido a la opción del artículo 19.bis de la Ley Hipotecaria es el de un mes (o dos meses si se trata de recurso judicial) desde la notificación de la calificación negativa del artículo 322 de la Ley Hipotecaria, única que se les notifica a los que no interpusieron la opción de la calificación del registrador sustituto. Tratándose de una ampliación de obra como la que se declara en la escritura en la que no solo se amplía a una tercera planta la edificación, que en los títulos y en el Registro de la Propiedad venía figurando con dos plantas, sino que se amplía la superficie construida en cada una de las plantas baja y primera ya existentes, lo importante respecto al requisito de «la terminación de la obra en fecha determinada» no es «el año de construcción» que aparece en un recuadro de la certificación catastral expresando que es el año 1970, sino la fecha determinada de la ampliación de obra respecto a la nueva planta más y respecto a la ampliación de construcción de las dos plantas ya existentes.

Resolución de 24-4-2014
(BOE 30-5-2014)
Registro de la Propiedad de Coria

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACTOS COLECTIVOS E INDIVIDUALES.

En materia de propiedad horizontal debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos (adoptados con los requisitos previstos en la legislación de propiedad horizontal resultantes de la correspondiente acta —cfr. art. 19 de la LPH—), que no se imputan a cada propietario singularmente, sino a la junta como órgano comunitario, y aquellos otros actos que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual habría de constar mediante

documento público para su acceso al Registro de la Propiedad (mediante la adecuada interpretación de los arts. 3, 10 y 17 de la LPH. Cfr., también, el último inciso del apdo. 2 del art. 18, según la redacción hoy vigente). Ciertamente, en este último caso no podría inscribirse la modificación si no se ha otorgado *uti singuli* por todos los que, en el momento de la inscripción, aparezcan como propietarios de los distintos elementos privativos (cfr. art. 20 de la LH), sin que baste, por tanto, la unanimidad presunta (cfr. art. 17, regla 8, de la LPH), siendo necesario el consentimiento expreso y real de todos los titulares registrales. En definitiva, en estos casos no se trata de una decisión o acto de la junta, sino que se trata de una decisión personal e individual de cada propietario, sujeta a las reglas y requisitos de capacidad, legitimación y forma propias de las declaraciones de voluntad personales. El acto de afectación de todo o parte de un elemento privativo es supuesto sustancialmente análogo, en tanto en cuanto el elemento transformado se atribuye a todos los copropietarios en proporción a su cuota de participación. Todos estos actos, por comportar la modificación del título constitutivo deberán ser acordados por la junta de propietarios en la forma establecida en el artículo 17 de la Ley sobre Propiedad Horizontal (por unanimidad, con las especialidades y excepciones en dicha norma establecidas). Por lo demás, la afectación del elemento privativo debe contar con el consentimiento individual del propietario de este, toda vez que afecta al contenido esencial de su derecho de dominio.

Resolución de 24-4-2014
(BOE 30-5-2014)
Registro de la Propiedad de Cádiz, número 3

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: TÍTULO PARA LA INSCRIPCIÓN.

Sin prejuzgar que la prescripción pueda ser acreditada, en forma no contenciosa en escritura pública notarial, siempre que esta cumpla los requisitos materiales e instrumentales, indicados y exigidos en la legislación civil, hipotecaria y notarial (arts. 1940 y sigs. del CC, 36 de la LH y 17 de la Ley del Notariado) debe exigirse, al menos, pues no han sido observados otros defectos, una nueva manifestación y consentimiento en escritura pública relativa al cumplimiento del transcurso del plazo de los treinta años requeridos para acreditar la prescripción extraordinaria.

Resolución de 25-4-2014
(BOE 13-6-2014)
Registro de la Propiedad de Málaga, número 10

HIPOTECA: INTERESES DE DEMORA TRAS LA LEY 1/2013.

El hecho de que la Exposición de Motivos y la Disposición Transitoria se refieran genéricamente a las hipotecas en garantía de operaciones sobre vivienda habitual, sin especificar que se refieren a operaciones de adquisición, no puede enmendar el claro y determinante mandato contenido en el párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, que por su carácter concreto y específico debe prevalecer según las reglas de la recta interpretación. Por lo tanto, de no

constar expresamente el destino del préstamo, deberá resultar del contenido de la documentación aportada dicha finalidad. En el supuesto de este expediente, si bien es cierto que en la escritura nada consta respecto a este último punto, el hecho de que el título de adquisición de la vivienda sea una escritura de compraventa otorgada con el número inmediato anterior de protocolo, permite alcanzar tal conclusión. Siendo los intereses legales del dinero esencialmente variables, al ser revisados anualmente por las respectivas leyes presupuestarias (vid. art. 1 de la Ley 24/1984, de 29-6-1984), la indeterminación de la cifra garantizada en el momento inicial de la constitución de la garantía está resuelta por la técnica hipotecaria a través de la figura de las hipotecas de seguridad en su modalidad de máximo. Se requiere señalar el tope máximo del tipo de interés que queda cubierto con la garantía hipotecaria que se constituye y cuya determinación (Resoluciones de 16-2-1990 y 20-9-1996), en cuanto delimita el alcance del derecho real constituido, lo es a todos los efectos, tanto favorables como adversos, ya en las relaciones con terceros, ya en las que se establecen entre el titular del derecho de garantía y el dueño de la finca hipotecada que sea a la vez deudor hipotecario (acciones de devastación, de ejecución hipotecaria, etc.). La Ley 1/2013, de 14-5-2013, al añadir un nuevo párrafo al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, viene a sumar un nuevo límite legal a los intereses de los préstamos hipotecarios constituidos sobre la vivienda habitual y destinados a financiar su adquisición, haya o no terceros, de forma que los intereses pactados no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Además, dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.*a)* de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Límites que, dado su carácter claramente imperativo, las estipulaciones contractuales de constitución de dichos préstamos hipotecarios necesariamente deberán respetar, lo que será perfectamente posible a través de la institución de la hipoteca de máximo. Como quiera que, cualquiera que sea el límite máximo que se pacte, por hipótesis podrá ocurrir que en algún momento de la vigencia de la hipoteca la aplicación de la fórmula del artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria dé como resultado una cifra inferior al máximo pactado, las fórmulas contractuales siempre podrán evitar cualquier tacha de ilegalidad mediante la incorporación a la estipulación correspondiente de una reserva o salvedad de aquel límite legal.

Resolución de 25-4-2014
(BOE 23-6-2014)
Registro de la Propiedad de Villarrobledo

SEGREGACIÓN DE FINCAS RÚSTICAS: UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO.

Como ya ha señalado este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 10-6-2009 y 2-11-2012), si bien la certificación municipal de innecesariedad de licencia puede ser suficiente para cumplir con los requisitos urbanísticos impuestos a la segregación, cuando el asunto a dilucidar no es urbanístico sino agrario, carece la Administración local de competencia. Lo que resulta de los antecedentes reseñados es que sobre la original finca matriz se operó una expropiación forzosa, al parecer no inscrita, como consecuencia de la cual aquella finca, inicialmente continua, quedó integrada de hecho por tres parcelas discontinuas (independizadas catastralmente, pero no registralmente). De ello pretende colegir la recu-

rrente que la segregación ya se operó de hecho y que lo que ahora se realiza es su formalización tardía. Pero no es así en rigor. Ciertamente que la segregación de los terrenos objeto de expropiación, en caso de formalizarse y pretenderse su inscripción sí podrían acogerse a la excepción de la letra *d)* del citado artículo 25 de la Ley 19/1995, pues tal segregación sí fue causada por una expropiación. Por el contrario, el resto de la finca matriz, aun quedando integrada por tres porciones de terreno discontinuos, ni desde la perspectiva registral, ni desde la óptica de la legislación agraria ahora examinada pierden su unidad jurídico-registral. En definitiva, la registradora actuó correctamente haciendo aplicación del artículo 80 del Real Decreto 1093/1997. Y si la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, a través de sus órganos competentes, afirma que la segregación es inválida por no respetarse la prohibición de divisiones y segregaciones inferiores a la unidad mínima de cultivo correspondiente, no puede procederse a la inscripción, sin perjuicio de los recursos judiciales que pudieran corresponder a los interesados para instar la rectificación de la resolución dictada por la Comunidad Autónoma, y solicitar la correspondiente medida cautelar de carácter registral para asegurar las resultas del procedimiento, pues, como prevé el último párrafo del propio artículo 80 citado, si la resolución declarando la nulidad de la segregación fuese objeto de recurso contencioso-administrativo, el titular de la finca de que se trate podrá solicitar la anotación preventiva de su interposición sobre la finca objeto de fraccionamiento.

Resolución de 26-4-2014
(BOE 23-6-2014)
Registro de la Propiedad de Daimiel

VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL: LIMITACIONES DEL DOMINIO.

Las limitaciones que sobre el dominio impone la legislación sobre vivienda protegida constituyen limitaciones legales delimitadoras del contenido ordinario del dominio, y definitorias de una propiedad estatutaria, en cuanto las facultades que atribuye a su titular quedan sujetas, en su contenido y ejercicio, al estatuto especial resultante de la finalidad social para el que se genera el objeto del derecho. Y, precisamente porque el régimen de protección pública, a que queda sujeta la vivienda, puede no resultar del Registro o no ser su identificación suficientemente precisa, las normas de carácter autonómico reguladoras del régimen de viviendas protegidas (Ley 2/2002, de 7-2-2002, del Parlamento de Castilla-La Mancha, y Decretos 3/2004, de 20-1-2004, 38/2006, de 11-4-2006, y 173/2009, de 10-11-2009, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha), establecen como requisito previo para la autorización de la escritura pública en que se formalice su transmisión el visado administrativo, es decir, la existencia del acto a través del cual la administración competente controla el cumplimiento de las limitaciones resultantes del régimen de protección pública. A la vista de lo anterior, no puede sino concluirse que en aquellos casos en los que la norma exija la obtención de visado como requisito previo para la autorización de escrituras en que se formalicen segundas o posteriores transmisiones, la inscripción de las mismas exige acreditar que dicho visado ha sido obtenido, en cuanto la exigencia de que exista dicho acto administrativo habilitante se integra dentro del conjunto de limitaciones con plena eficacia normativa, aun cuando no resulten del Registro. Por último, frente a lo sostenido por la recurrente no puede entenderse que la

donación otorgada mediante la escritura calificada, habida cuenta de su carácter colacionable en la herencia de la donante, quede exonerada del cumplimiento de los requisitos establecidos para toda transmisión *inter vivos*.

Resolución de 28-4-2014
(BOE 23-6-2014)
Registro de la Propiedad de Burgos, número 4

PUBLICIDAD FORMAL: CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Corresponde al registrador la calificación del interés del solicitante la exhibición de todo del contenido de los libros registrales, teniendo que tratarse de un interés conocido, directo y legítimo. Por otra parte, desde el punto de vista del objeto y extensión de la publicidad, el interés expresado no es cualquier interés (pues entonces la prueba la constituiría la mera solicitud), sino un interés patrimonial, es decir, que el que solicita la información tiene o espera tener una relación patrimonial para la cual el conocimiento que solicita resulta relevante. El registrador ha de calificar, no solo si procede o no procede expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho (en el caso del Registro de la Propiedad) que se solicita, sino también qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información, pues cabe perfectamente que puedan proporcionarse ciertos datos registrales y no otros relativos a una misma finca o entidad. Las exigencias derivadas de la legislación de protección de datos implican la necesidad de identificar a la persona por cuya cuenta se solicita la publicidad formal del Registro. A la misma conclusión debe llegarse de una interpretación adecuada del artículo 332 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 29-4-2014
(BOE 23-6-2014)
Registro de la Propiedad de Móstoles, número 3

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

En el caso de que una anotación no prorrogada y modificada por otra u otras posteriores alcance su plazo de vigencia, caducará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria sin perjuicio de la subsistencia de las anotaciones posteriores y de los efectos que, en su caso, deban producir (Resoluciones de 3, 4, 5, 6, 8 y 9-9-2003 y 27 y 29-6-2013). Si durante la vigencia de la anotación de embargo a la que modificaba, la anotación posterior de modificación disfrutaba del rango que aquella ostentaba por razón de su fecha (Resolución de 14-7-2011 por todas), producida la caducidad de la anotación modificada es obvio que la de modificación queda sujeta a su propio rango por razón de su propia fecha.

Resolución de 29-4-2014
(BOE 23-6-2014)
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 11

OBRA NUEVA: SEGURO DECENAL

Respecto del ámbito concreto de la excepción legal introducida por el artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, en relación con el autopromotor, es doctrina reiterada de esta Dirección General que el concepto de autopromotor individual no debe ser objeto de interpretaciones rigoristas o restrictivas, sino que ha de interpretarse de forma amplia. Lo que trata de expresar la norma, cuando establece que se ha de tratar de «una única vivienda unifamiliar para uso propio», es que la excepción se contrae a una sola (única) edificación (con destino a vivienda) por autopromotor, de modo que lo que trata de evitar el legislador mediante este requisito es que el promotor pueda excluir del seguro decenal un número indefinido e ilimitado de viviendas unifamiliares (edificaciones separadas) con la mera declaración de que va a destinarlas a uso propio, circunstancia que sería posible de no haberse establecido legalmente esta condición. En el presente caso no concurre el requisito objetivo de la exoneración de tal obligación, pues no se trata de una edificación integrada por una única vivienda unifamiliar ya que, como se pone de relieve en la nota de calificación, de la descripción del edificio único se desprende la existencia de elementos comunes —cfr. arts. 396 del CC y 3.*b)* de la LPH—. Por ello, la construcción no puede considerarse individual por cada propietario respecto de su entidad (lo que hubo en su momento fue una declaración conjunta de construcción del edificio y un acto de cesación de comunidad ulterior), sino que, por su propia naturaleza, es un acto colectivo (cfr. art. 398 del CC), lo que resulta corroborado toda vez que el arquitecto director de la obra certifica igualmente sobre la terminación de la obra de un edificio de dos viviendas (bifamiliar); y en los mismos términos se concede la licencia de obra por el Ayuntamiento, dándose la misma circunstancia a que se refería la citada Resolución de 9-5-2007 y las más recientes de 23-7-2010 y 25-3-2011, pues la licencia municipal de obras no lo es para una vivienda unifamiliar, sino para dos viviendas unifamiliares. Además, del texto de la escritura se infiere claramente que el inmueble descrito, aún dividido horizontalmente, está destinado a pertenecer a distintos dueños.

Resolución de 30-4-2014
(BOE 23-6-2014)
Registro de la Propiedad de Requena

HERENCIA: FACULTADES DEL HEREDERO.

La pretensión de la heredera, de decidir por sí y ante sí, sin intervención alguna de las personas nominalmente designadas como favorecidas acerca de la nulidad o validez de disposiciones, no solo excede de las atribuciones que le corresponden en cuanto continuadora de la voluntad del causante, ya que incide en la posición de terceras personas, sino que tan siquiera respeta la voluntad sucesoria de su causante pues, aunque el testamento no reviste en su redacción la claridad que corresponde a la redacción notarial, se establecen en el mismo sustitución a favor de los nietos, para el caso de incumplimiento de la heredera

de las condiciones impuestas, de suerte que la declaración de nulidad realizada supone de hecho el decaimiento de la cláusula que ordena la sustitución.

Resolución de 30-4-2014
(BOE 23-6-2014)
Registro de la Propiedad de San Bartolomé de Tirajana, número 1

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS.

En cuanto a la exigencia de la licencia, hay que tener en cuenta que el expediente de dominio para la reanudación de tracto sucesivo está dirigido a la acreditación del dominio a favor del promotor del mismo, con relación a la finca, tal como aparece inscrita en el Registro. Ahora bien, si como en el caso presente, el expediente no se refiere a la totalidad de la finca registral sino a parte que en su día se segregó, deben cumplirse los requisitos exigidos por la legislación urbanística y aportarse licencia de segregación o certificación del Ayuntamiento de innecesariedad de la misma (cfr. Resolución de 8-1-2010) y por tanto procede la confirmación de la nota de calificación. En el presente caso, no nos hallamos ante un supuesto de duda de la registradora sobre la identidad de la finca, sino que se ha solicitado la certificación y se ha iniciado el procedimiento judicial sobre una finca distinta de la que fue objeto de transmisión a los promotores del expediente de dominio y dicha certeza no podía tenerse en el momento de expedirse la certificación, sino en el momento de calificar el testimonio del decreto judicial por el que se resuelve el expediente y del que resulta la certeza de que la finca cuyo dominio se declara, es otra distinta a la transmitida. La tercera cuestión que debe resolverse es la relativa a la notificación de los titulares registrales. En relación a este defecto, relativo a la inobservancia en la tramitación del expediente de reanudación de tracto de los preceptos referentes a las notificaciones a los titulares registrales o sus causahabientes, debe igualmente confirmarse.

Registro Mercantil

Por Ana M.ª del Valle Hernández

Resolución de 27-3-2013
(*BOE* 5-5-2014)
Registro Mercantil de Madrid, número VIII

ADMINISTRADOR. RENUNCIA. CONVOCATORIA.

Cuando como consecuencia de la renuncia, la sociedad quede en situación de no poder ser debidamente administrada y no existe la posibilidad de que otro administrador con cargo vigente lleve a cabo la oportuna convocatoria de junta para la provisión de vacantes (art. 171 de la LSC), no procede la inscripción sin que se acredite que el renunciante ha llevado a cabo la oportuna convocatoria de junta con tal finalidad.

Resolución de 8-4-2014
(BOE 13-5-2014)
Registro Mercantil de Barcelona, número 1

REDUCCIÓN. PÉRDIDAS. BALANCE.

La sociedad limitada deberá incorporar a escritura pública el balance de situación de la sociedad, referido a los últimos seis meses de actividad, debidamente verificado por el auditor de su sociedad y en el supuesto de carecer de él, por el designado al efecto, a fin de acreditar con soporte técnico independiente el acuerdo adoptado y ello sin perjuicio de que conste en las cuentas anuales aprobadas y depositadas la situación patrimonial que motiva la reducción de capital.

Resolución de 10-4-2014
(*BOE* 13-5-2014)
Registro Mercantil de Barcelona, número VI

FUSIÓN. ESCISIÓN.

Es un supuesto de acuerdo unánime en junta universal.

Nada impide que, ante situaciones de hecho exentas de complejidad, el procedimiento se simplifique y agilice al máximo. Pero la normativa comunitaria y española impone la salvaguarda —en distintos grados— de los derechos de los socios, de los trabajadores y de aquellos eventuales acreedores a quienes pueda afectar el proceso.

Por lo que se refiere a los socios, al no publicarse ni depositarse previamente, la escritura debe contener la declaración del otorgante sobre el cumplimiento de la obligación de información impuesta respecto del balance por el artículo 39.1 de la Ley 3/2009 y 227.2.1 RRM. Por otra parte, el artículo 37 es tajante. El balance debe incorporarse a la escritura (arts. 45.1 y 227.2.5 RRM). Al igual que el supuesto de junta universal y unanimidad no exime de la obligación de aprobar el balance de fusión o escisión (con excepción del art. 78 bis), en cuanto sustrato económico del acuerdo, tampoco exime de la preceptiva aportación a la junta del informe de verificación.

En relación a los acreedores, de los artículos 43 y 73 resulta la obligación de que en las publicaciones del acuerdo de fusión o escisión o en la comunicación individual por escrito sustitutoria se haga constar el derecho que les asiste de obtener el texto íntegro de acuerdo adoptado y del balance de la fusión, así como el derecho de oposición que les corresponde; y que la escritura recoja la declaración de los otorgantes de si ha existido o no oposición.

En la escisión es necesario que el detalle de los elementos transmitidos se haga con la debida separación de los elementos que integran el activo y el pasivo, y con indicación del nombre de las cuentas, en concreto, del activo y pasivo, a las que pertenece cada una de las relaciones de elementos patrimoniales traspasados, confeccionado con arreglo a los criterios contables ordinarios establecidos en el Plan General Contable. A diferencia de lo que ocurre con la fusión, en la cual dos o más sociedades mercantiles se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios, en la escisión parcial se produce la segregación del patrimonio social mediante el traspaso de una o varias partes del mismo a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes; por ello es necesario detallar la

designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias, como dispone el artículo 74.1 LME. Dado que se produce una transmisión patrimonial en bloque, por la vía de sucesión universal, la exigencia de designación de tales elementos no debe llevarse al extremo. Pero no es suficiente una mera relación de cuentas con distinción entre «debe» y «haber», con unos valores relativos a conceptos patrimoniales genéricos.

El acuerdo de las juntas de ambas sociedades debe contener todas las menciones previstas para el proyecto de fusión o escisión, especialmente en casos como este en que no se ha depositado ni publicado tal proyecto.

El otorgante debe manifestar que no han sido restringidos los derechos de información que corresponden a los representantes de los trabajadores o, en su defecto, a los trabajadores sobre la escisión y fusión pretendidas, incluida la información sobre los efectos que pudieran tener sobre el empleo.

Resolución de 11-4-2014
(*BOE* 13-5-2014)
Registro Mercantil de Barcelona, número VI

ESCISIÓN.

El acuerdo de la junta de la sociedad beneficiaria de la escisión debe recoger las menciones mínimas configuradoras de la escisión aprobada establecidas en el artículo 31 LME por remisión del artículo 73.

En la escisión es necesario que el detalle de los elementos transmitidos se haga con la debida separación de los elementos que integran el activo y el pasivo, y con indicación del nombre de las cuentas, en concreto, del activo y pasivo, a las que pertenece cada una de las relaciones de elementos patrimoniales traspasados, confeccionado con arreglo a los criterios contables ordinarios establecidos en el Plan General Contable. A diferencia de lo que ocurre con la fusión, en la cual dos o más sociedades mercantiles se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios, en la escisión parcial se produce la segregación del patrimonio social mediante el traspaso de una o varias partes del mismo a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes; por ello es necesario detallar la designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias, como dispone el artículo 74.1 LME. Dado que se produce una transmisión patrimonial en bloque, por la vía de sucesión universal, la exigencia de designación de tales elementos no debe llevarse al extremo. Pero no es suficiente una mera relación de cuentas con distinción entre «debe» y «haber», con unos valores relativos a conceptos patrimoniales genéricos.

El otorgante debe manifestar que no han sido restringidos los derechos de información que corresponden a los representantes de los trabajadores o, en su defecto, a los trabajadores sobre la escisión y fusión pretendidas, incluida la información sobre los efectos que pudieran tener sobre el empleo.

Un supuesto como el presente, en el que la sociedad escindida y la beneficiaria tienen como único socio una misma persona, es asimilado legalmente a la escisión de sociedades íntegramente participadas y, por ende, no es obligatorio el aumento del capital de la sociedad beneficiaria. Así resulta de lo establecido en los artículos 73, 52.1 y 49 de la Ley 3/2009. Por ello ningún obstáculo existe para que el patrimonio trasmitido se aplique a reservas de la sociedad beneficiaria.

Resolución de 21-4-2014
(BOE 30-5-2014)
Registro Mercantil de Córdoba

FUSIÓN. BALANCES.

El hecho de que el acuerdo unánime en junta universal puede excusar la existencia de proyecto de fusión y de la puesta a disposición de los socios de la información prevista en el artículo 39 LME, no excusa de que el consentimiento negocial que implica el acuerdo comprenda el balance social, en cuanto expresión del sustrato patrimonial sobre el que se proyecta. Y esto es así aun cuando el balance utilizado como balance de fusión haya sido objeto de una previa aprobación por la junta y, en su caso, de verificación contable por tratarse del comprendido dentro de las cuentas anuales.

Debe incorporarse en la escritura el balance, auditado en su caso, no solo de las sociedades que se extinguen, sino los de todas las participantes en la fusión, salvo que esté integrado en las cuentas anuales y previamente depositado en el Registro Mercantil. Pero si el balance de fusión no es el último de ejercicio aprobado o, siéndolo, ha sufrido alteraciones de valoración que, en su caso, han de ser debidamente auditadas, debe entonces incorporarse.

Resolución de 22-4-14
(BOE 30-5-2014)
Registro Mercantil de Málaga, número IV

UNIPERSONALIDAD. TRACTO.

Se adopta un acuerdo de reducción, según certifica el administrador, en junta universal a la que asiste el socio único, sin que conste en el Registro la unipersonalidad. Al ser adoptado por el órgano competente, la junta, no puede negarse el acceso al Registro Mercantil, en el que el principio de tracto sucesivo ha de ser objeto de interpretación restrictiva. El Registro Mercantil no tiene por objeto la constatación y protección jurídica sustantiva del tráfico jurídico sobre las participaciones, sino la estructura y régimen de funcionamiento de las sociedades.

Resolución de 24-4-2014
(BOE 30-5-2014)
Registro Mercantil de Palma de Mallorca, número II

CALIFICACIÓN. ACUERDOS SOCIALES. ELEVACIÓN A PÚBLICO. LEGITIMACIÓN.

El registrador mercantil debe tener en cuenta en su calificación no solo los documentos inicialmente presentados, sino también los auténticos y relacionados con estos, aunque fuesen presentados después. Prima el principio de legalidad, siendo irrelevante cuál haya sido el orden de presentación de los títulos.

La elevación a público de acuerdos sociales compete al órgano de administración, directamente o mediante apoderado con poder suficiente. En este caso, la certificación es emitida por quien en ese momento tiene la facultad certificante

y su cargo vigente e inscrito, pero de título presentado después, es elevado a público en fecha en que no tiene el cargo vigente, por lo que no puede certificar ni elevar a público.

Resolución de 23-4-2014
(BOE 30-5-2014)
Registro de Bienes Muebles de Toledo

MAQUINARIA. ANOTACIÓN DE EMBARGO.

La maquinaria industrial puede ser objeto de hipoteca de tres formas distintas:

— Como parte de un establecimiento mercantil hipotecado (art. 21 LHM y PSD).
— Como consecuencia de una hipoteca inmobiliaria si existe pacto de extensión (art. 111 LH).
— De modo independiente cuando está debidamente identificada e individualizada (arts. 42,43 y 44 LHM y PSD). En este último caso, la competencia está determina por el inmueble en que se encuentre, siendo preciso que en él se ubique un establecimiento mercantil al que esté afecto o se halle instalada. La maquinaria es susceptible de hipoteca en cuanto constituye un elemento de producción. Fuera de ese supuesto, la ley solo la contempla como mercadería no susceptible de tratamiento individualizado.

En el supuesto contemplado se trata de anotación de embargo sobre maquinaria que no ha accedido antes al Registro de Bienes Muebles y en el mandamiento no consta el lugar en que se encuentra (solo el municipio) y la industria a que está afecta. La ley no exige, como en la hipoteca, expresión explícita de su lugar de emplazamiento e industria a que se destine. Pero es evidente que sin dicha expresión la anotación no puede practicarse al carecer entonces la maquinaria de los requisitos de individualidad y destino exigidos por el ordenamiento y para poder determinar el registro competente.

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *DOGC*

Por Basilio Javier Aguirre Fernández

Resolución 1356/2014 de 12-6-2014
(DOGC 17-6-2014)
Registro de Sant Boi de Llobregat, número 1

RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR: COMPETENCIA ESTADO-GENERALIDAD DE CATALUÑA. FIDEICOMISOS CONDICIONALES: FACULTADES DEL FIDEICOMISARIO.

En el caso presente, el recurso versa sobre una materia regulada por las normas catalanas, eso es, la regulación de los fideicomisos y sus efectos tanto

mientras están pendientes como una vez se ha producido su delación, sin que sea de aplicación, ni siquiera como supletoria, ni una sola norma estatal. La regulación material del fondo del tema debatido es propia y exclusiva del Derecho catalán, mientras que la normativa hipotecaria, estatal, es solo instrumental y regula, como es debido, hacer constar en el Registro de la Propiedad los efectos que derivan de la aplicación de las normas catalanas. Este último hecho no excluye, como es lógico, aquella competencia nuestra, tal como ha declarado el Tribunal Constitucional primero en su Auto resolutorio de 2-10-2012 y más tarde a la sentencia 4/2014. En el caso que nos ocupa, y de acuerdo con lo que establecimos en nuestra Resolución de 22-10-2007, habrá que estar a las normas civiles aplicables a Cataluña en 1943, siendo solo de aplicación las normas relativas a los efectos del fideicomiso mientras está pendiente qué contenía el Código de Sucesiones entre el momento que entró en vigor, el 21-4-1992, y la muerte de la fiduciaria, el 22-10-1997, pero no son de aplicación las normas de la Compilación. Con respecto a los efectos del fideicomiso en el momento que se produce la delación a favor de los fideicomisarios (1997) se tendrá que aplicar la normativa civil vigente a la muerte del fideicomitente, eso es, la de 1943 y no las del Código de Sucesiones. Sin embargo, como decíamos en nuestra Resolución de 30-7-2013, de acuerdo con la Disposición Final 1.ª de la Compilación de 1960 que no derogó, sino sustituyó, la normativa anterior en un sistema de *iuris continuatio* que legitimaba la Ley de 1960 sobre la base de nuestro derecho anterior a 1716, más que en el poder constituido en 1960, nos referiremos a los preceptos compilados y no a los romanos a menos que los primeros hubieran modificado los segundos porque la Compilación los asumió y redactó de manera más sistemática y comprensible para los operadores de hoy. Con respecto a los preceptos de la Ley Hipotecaria tendremos que estar a su propia normativa transitoria y, por lo tanto, aplicaremos en todo caso el artículo 23 de la Ley vigente. El testamento establece una sustitución fideicomisaria familiar con facultad de elección en la que el fideicomitente impone a sus hijos la carga de no poder disponer de los bienes fideicomitidos para después de la muerte si no es a favor de sus respectivos hijos, que son los fideicomisarios elegibles. Como es un fideicomiso para después de la muerte, se entiende como condicional. En el caso presente, estando como estaba la carga fideicomisaria inscrita en el Registro antes que el establecimiento en censo, constando como consta la carga precisamente en la inscripción del establecimiento (inscripción 1.ª de la finca) que se hizo por los fiduciarios, la cesión en censo (también la redención) decae y pierde eficacia y, en principio, los fideicomisarios o sus herederos pueden reivindicar el inmueble, pedir la posesión y, también, inscribir el dominio a su nombre, en este último caso sin el consentimiento de los herederos o terceros adquirentes del fiduciario, sin perjuicio de los derechos que les otorgan las normas de liquidación de la posesión. A efectos registrales, una vez acreditada de manera objetiva la muerte de la fiduciaria y la existencia y la determinación de los fideicomisarios, eso es, el cumplimiento de la condición, nada se tendría que oponer a una nueva inscripción de los bienes a nombre de los fideicomisarios de acuerdo con el artículo 23, último inciso de la Ley Hipotecaria, dado que la sustitución fideicomisaria condicional funciona en el Registro como una condición resolutoria a que se había sometido la adquisición de los censatarios. Tenemos que entender que sobre la base de los principios de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva, los adquirentes del fiduciario tienen que ser como mínimo notificados de la delación del fideicomiso y del cumplimiento de la condición que hace decaer su titularidad cuando se pretende la inscripción de los bienes a nombre de los

fideicomisarios. Por un lado, porque el heredero o el adquirente del fiduciario, titular inscrito sometido a condición, puede alegar créditos contra el fideicomisario, que podrá garantizar, con derecho de retención, créditos que si falla la notificación se pueden erosionar de manera irremediable. Por otro lado, porque repugna a los principios constitucionales de seguridad jurídica, de tutela judicial efectiva y de audiencia de las personas perjudicadas, y casi diríamos al mismo principio de tracto sucesivo, que se puedan realizar inscripciones sin ni siquiera conocimiento de los titulares actuales que se ven perjudicados, aún más cuando la ley les concede derecho de retención o de hipoteca garantizada del pago de determinados créditos. Sobre la base de estos principios generales concluiremos, pues, que para que el fideicomisario recurrente pueda inscribir su titularidad, hará falta que acredite que ha notificado la delación a los adquirentes del fiduciario, actuales titulares registrales de la finca, en el domicilio suyo que conste en el Registro, en este caso la misma finca, siendo independiente esta notificación del requerimiento que hay que hacer para exigir la posesión de acuerdo con el artículo 426.45 del Código Civil catalán (antes 206 de la Compilación y 237 del Código de Sucesiones). En el caso presente, sin embargo, dado que los titulares registrales han sido notificados en la tramitación de este recurso, en el cual han sido parte, tenemos que entender que son bastante conocedores.

Resolución 1357/2014 de 12-6-2014
(DOGC 19-6-2014)
Registro de Roses, número 2

CENSOS: EXTINCIÓN.

La Disposición Transitoria 13.ª de la Ley 5/2006, de 10-5-2006, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, en el apartado segundo, prohíbe «hacer asentamientos registrales relativos a los censos constituidos antes del 16-4-1990 cuya vigencia esté acreditada, si afectan a diversas fincas, hasta que se inscriba la escritura de división» y establece el plazo de un año, «contado desde la entrada en vigor de este libro (Libro V CCCat.)» para la inscripción de esta escritura, de manera que, de no efectuarse la inscripción, «los censos se extinguen y se pueden cancelar a petición de los propietarios de las fincas grabadas. Se debe sostener, de acuerdo con la nota de calificación, que existe un único censo que afecta a una pluralidad de fincas, y que es necesaria su división en los plazos y con los requisitos legalmente establecidos para evitar su extinción, de manera que, no habiéndose inscrito esta división, no procede realizar el asiento solicitado por los recurrentes, encontrándose el censo actualmente extinguido.

Resolución 1388/2014 de 12-6-2014
(DOGC 20-6-2014)
Registro de Vic, número 3

RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR: COMPETENCIA ESTADO-GENERALIDAD DE CATALUÑA. USUCAPIÓN CONTRA TABULAS.

El objeto de la calificación registral cuestiona la posibilidad de inscripción de una sentencia judicial declarativa de la usucapión ganada por la señora E.

C. T. en la esfera civil, y esta materia es limpiamente de Derecho Civil catalán y forma parte de una de las instituciones históricas más típicas de lo mismo, por lo cual para su resolución es competente esta Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas, al amparo del artículo 1 de la Ley 5/2009, de 28-4-2009, del recurso contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de Derecho catalán que se tengan que inscribir en un Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles de Cataluña. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3-10-2011, emitida con carácter de consulta vinculante, sobre emplazamiento y personación de la herencia yacente a efectos de practicar asentamientos registrales en procedimientos judiciales contra ella. Por lo tanto, solo a efectos doctrinales, entramos a analizar si tiene que ser de aplicación en este caso concreto, ya que, si bien no es una norma jurídica, es una consulta que tiene el carácter de vinculante para la registradora de la propiedad. Esta consulta expresa que no pueden acceder al Registro resoluciones judiciales que puedan dar lugar a una indefensión judicial patente del titular registral y por eso la calificación del registrador tiene que abarcar, en todo caso, el hecho que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado de forma legal en el procedimiento. Esta consulta admite explícitamente que está basado en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan la adopción de medidas de aseguramiento del patrimonio en los procedimientos judiciales de división de herencia, y entre las medidas figura la de nombramiento de un administrador judicial. Llega a la conclusión de que el registrador exigirá el nombramiento de un administrador judicial, a los efectos de calificar el tracto sucesivo, en el caso de demandas contra ignorados herederos, pero será suficiente el emplazamiento efectuado a personas determinadas como posibles llamadas a la herencia. En el caso que nos ocupa, el objeto del procedimiento no es una división de herencia, sino la declaración de una usucapión. *A fortiori,* no solo se demandan los ignorados herederos de M. P. T., sino también, y muy significativamente, los «ignorados propietarios de la finca que se encuentra en el número 22 de la calle Francia de Calldetenes». La usucapión, en el caso de producirse, no solo se produce perjudicando a los herederos de M. P. T., sino sobre todo, imponiéndose a la apariencia de dominio de los ignorados propietarios que ostentaban esta apariencia de dominio antes de que la sentencia judicial declarara la usucapión. Por lo tanto, no se tiene que aplicar la resolución vinculante alegada, cuyo contenido, por interpretación analógica, no se puede extender a casos en que la Ley no contempla la exigencia de administrador judicial. En este caso concreto la demanda no se dirige contra una herencia yacente, sino contra un ignorado propietario, sea o no heredero del titular registral.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Finalización de la administración testamentaria de la herencia de menores de edad*

Completion of the testamentary service for the inheritance of minors

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular Derecho Civil. UCM

RESUMEN: El ordenamiento jurídico mantiene como principio fundamental el de que la voluntad del testador se configura como Ley en la sucesión. Si el testador dispone la existencia de administración, esta se regirá por su voluntad, aunque al ser los herederos menores de edad se les otorgue el privilegio de aceptarla a beneficio de inventario. La finalización de esta especial administración testamentaria tendrá lugar al alcanzar los herederos la mayoría de edad y no cuando resulten pagados todos los acreedores y legatarios de la herencia y se rindan cuentas a los herederos.

ABSTRACT: The law upholds the fundamental principle that the will of the testator be in the form of The Act of Succession. If the testator provides administrative service, this is governed by his will, even when the heirs are minors, they are granted the privilege of accepting in favor of the inventory. The completion of this special testamentary service takes place when the heirs reach the age of majority, and only when all the creditors and legatees of the estate are paid, are the accounts released to the heirs.

* Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación, DER 2011-22469/JURI, subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad, titulado «Negocios jurídicos de familia: la autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema», dirigido por la profesora doctora doña Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, y en el marco del Grupo de Investigación UCM, «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyos equipos de investigación formo parte.

PALABRAS CLAVE: Herencia de menores. Administración testamentaria.

KEY WORDS: Inheritance of minors. Testamentary service (administration).

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO Y ADMINISTRACIÓN DEL MISMO.—III. HERENCIA ACEPTADA POR MENORES.—IV. HERENCIA ACEPTADA A BENEFICIO DE INVENTARIO.—V. FINALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN TESTAMENTARIA DE LA HERENCIA DE MENORES DE EDAD ACEPTADA A BENEFICIO DE INVENTARIO.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS DEL TS CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

La STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de junio de 2013[1], aborda un tema sobre el que apenas hay jurisprudencia al respecto y es el de la finalización de la administración de la herencia cuando los herederos llegan a la mayoría de edad, en el supuesto en el que el causante, padre de los menores, ha designado la administración de la herencia en manos de la abuela de estos.

En nuestro supuesto consideramos sucesores a las personas físicas, los menores, Soledad y Celestino, que ocupan la posición del causante (Inocencio, su padre) en la titularidad y relaciones jurídicas que se trasmiten *mortis causa*[2]. Para adquirir bienes hereditarios, los sucesores deben cumplir unos requisitos que en nuestro caso se dan, y que son:

- ostentar un título hereditario que legitime la adquisición sucesoria,
- gozar de capacidad para suceder
- y no estar incurso en una causa de indignidad.

No obstante la *exigencia de capacidad* comporta tener en cuenta las reglas específicas propias de la sucesión (que matizan las generales del art. 323 CC)[3].

El heredero, además de *adquirente* debe *administrar y liquidar* el patrimonio y es el *responsable de sus deudas* en mayor o menor amplitud según cómo haya aceptado.

En nuestro supuesto nos encontramos con:

- El problema de la capacidad: puesto que son menores.
- Con la cuestión del nombramiento de administradora de la herencia en la persona de la abuela de los menores.
- Y con el supuesto de la herencia aceptada a beneficio de inventario.

Previamente hay que recordar que en nuestro sistema para adquirir la herencia es necesaria su *aceptación*. Hasta que no se produzca dicha aceptación se entiende que la herencia está *yacente* por la existencia de un periodo de tiempo, entre la apertura de la sucesión y la aceptación. Mientras tanto los bienes y las relaciones del causante carecen de titular actual.

La *herencia yacente voluntaria* tiene lugar en aquellos casos en que el heredero es conocido y determinado, pero no ha aceptado la herencia o se halla en administración provisional, o es administrada judicialmente o se le ha concedido un derecho a deliberar durante un periodo de tiempo.

Mientras tanto «alguien» debe ocuparse de ella, pues hay quien tiene derechos en ella y quienes los tienen contra ella. Esto significa que alguien debe ocupar la posición de administrador y representante del caudal relicto, en aras de su conservación: piénsese en los posibles acreedores, o terceros interesados, y desde luego en los propios herederos o legatarios beneficiarios.

¿Y quién es el encargado de administrar o representar el caudal relicto? Pues o lo determinará el causante en el propio testamento, como así ha ocurrido en nuestro caso[4] (la designada específicamente por el testador es la abuela, doña Marisa), o bien por el juez, de oficio o a instancia de parte interesada.

Pero además, la abuela otorgó poder a favor de don Jacobo y don Alejandro, con carácter solidario *para que en su nombre y representación ejercitaran amplias facultades en la gestión y administración de los bienes heredados*.

De manera que la herencia se aceptó, pero a beneficio de inventario por establecerse así por ley.

II. INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO Y ADMINISTRACIÓN DEL MISMO

Para analizar el presente supuesto debemos partir del principio fundamental de que la *interpretación del testamento* siempre es tarea encomendada al Juzgador de Instancia y solo puede ser revisada en casación en los casos en que haya un manifiesto error. Así lo concreta, por ejemplo, la STS de 27 de mayo de 2010, en relación con una cuestión derivada también de la administración de la herencia como en nuestro caso. El heredero no impugnó las disposiciones testamentarias favorables a su madre por inoficiosidad (cautela prevista por el testador), *sino por no respetar la administración unitaria de los bienes hereditarios*[5].

En el mismo sentido, la STS de 30 de enero de 1997 dice que «es abrumadora la jurisprudencia acerca de que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al Tribunal de instancia»[6]. Sigue esta línea interpretativa la sentencia de 3 de diciembre de 2009 al indicar que «esta Sala ha venido declarando en relación a la interpretación de las disposiciones testamentarias y a la violación del artículo 675 del Código Civil... que la interpretación de los testamentos es tarea atribuida al juzgador de instancia y que solo en los casos en que exista un manifiesto error puede ser revisada en casación»[7].

Y, últimamente, la STS de 15 de enero de 2013, que reitera que «la voluntad manifestada por el causante en el testamento es ley en la sucesión»[8].

Se trata de respetar la voluntad del causante, que se cumplirá estrictamente sobre la administración. En el caso que nos ocupa es determinante y clara la intención del padre de que la abuela se ocupe de la administración de la herencia. Y se entiende que tal nombramiento se realiza porque confía en ella. Expresamente se excluye a la madre de los menores, no se dice si por inexistencia de la misma o por ruptura matrimonial. Pero es que además la abuela, no realiza personalmente la administración, sino que otorga poderes para su gestión a la entidad Estudio Jurídico Rodríguez Ladreda, S. L.

También, en relación con la interpretación de los testamentos, la STS de 26 de abril de 1997 afirma que «si bien en principio las disposiciones testamentarias deberán entenderse en el *sentido literal* de las palabras, está permitida la búsqueda de otros medios probatorios de la voluntad del testador cuando se exprese de modo oscuro»[9].

En nuestro ejemplo no es que haya error, ni cláusulas oscuras, es que, aunque no se dice nada al respecto, puede originarse un posible conflicto de intereses,

y por ello son los propios sucesores quienes solicitan la finalización de la administración.

Similar es el supuesto de la STS de 6 de octubre de 2005 donde se estudiaba la validez de la cláusula testamentaria en la que la causante instituía heredera a su hija y se nombraba a un hermano suyo —de la causante— como administrador de los bienes objeto de la herencia, excluyendo de tal administración al padre, del que la testadora se encontraba separada. Esta exclusión puede alcanzar a los bienes integrantes de la legítima[10].

Pero la sentencia del TS, que se refiere con mayor minuciosidad a la administración de los bienes de los menores, es la de 16 de abril de 1998. En ella se afirma que: «Cualquiera que sea el encuadre jurídico que se le dé a la administración de los bienes integrantes de la herencia del causante, padre de los actores, conferida a quienes en la disposición testamentaria fueron designados albaceas, es decir, ya se considere como una ampliación de las facultades que a estos concede el artículo 902 del Código Civil, constituyendo un albaceazgo de carácter universal, ya se estime que la administración nombrada en el testamento tuvo por finalidad apartar a la madre de los hijos menores de edad del causante de la administración que por ley le correspondería (art. 164, párrafo 1.º y párrafo 2.º 1.º CC) como expresamente se establece en la cláusula tercera del testamento, *no obstante prolongarse esa administración más allá de la minoridad de los hijos hasta los veintitrés años*, lo cierto es que tal administración, y salvo lo expresamente establecido por el testador, *viene regida por las normas generales a las que están sujetos todos los que por cualquier título administran bienes ajenos;* no son aplicables al caso, ni siquiera analógicamente, las normas de la LEC, concretamente los artículos 1005 y 1019 que se citan en el fundamento jurídico de la sentencia recurrida que regulan la administración de la herencia en el juicio de abintestato sometida al control judicial en su ejecución»[11].

Así, según la jurisprudencia expuesta, las excepciones introducidas en el artículo 164 del Código Civil son determinantes sobre este particular. Por otra parte, respecto a la cuestión de si estas previsiones pueden alcanzar a los bienes integrantes de la legítima de algún beneficiario de la atribución, procede señalar que autorizada doctrina científica, relativa a la interpretación del artículo 813 del Código Civil, se ha pronunciado afirmativamente sobre este tema, más que por los términos del artículo 164.1, porque en el número 2.º del precepto, que se refiere precisamente a la legítima estricta del desheredado, se atribuye por orden preferencial la administración de los bienes a «la persona designada por el causante», y solo «en su defecto», al «otro progenitor», es decir, a quien ostenta la administración legal[12].

III. HERENCIA ACEPTADA POR MENORES

Según el artículo 286.1.º y 2.º del Código Civil los menores de edad estarán sometidos a curatela solo para ciertos actos, siendo ocasional y temporal, pues va a ser solo necesaria si hay necesidad de complemento de capacidad, y solo hasta que el menor llegue a la mayoría de edad, siendo su contenido de carácter patrimonial. Su función es la de asistir para actos patrimoniales concretos a los menores y en su beneficio.

¿Por qué hacernos estas consideraciones previas? Porque en el supuesto de hecho de la sentencia no hay un curador. El testador confía en la abuela de los menores y la designa administradora.

El testador en ningún caso les deja desprotegidos para tener que acudir a un procedimiento de jurisdicción voluntaria e ir al juez a concretar un curador que vele por los intereses patrimoniales de sus hijos. Sino que para cumplir esta actividad de asistencia y realización de actos que como menores no pueden realizar concreta en la figura de la abuela el cargo de administradora.

¿Y por qué? Hay que tener en cuenta que la herencia es un negocio jurídico que puede resultar muy complejo. El curador solo interviene para cada acto concreto y compareciendo en cada uno de ellos con los menores herederos[13].

Los actos de estos en los que el curador ha de intervenir son los del artículo 323 del Código Civil: tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor. Y en este caso será directamente la abuela la que les represente.

IV. HERENCIA ACEPTADA A BENEFICIO DE INVENTARIO

El artículo 992.2.º del Código Civil indica que la herencia dejada a los menores o incapacitados podrá ser aceptada a tenor de lo dispuesto en el número 10 del artículo 269. Si la aceptare por sí el tutor, la aceptación se entenderá hecha a beneficio de inventario.

Las conclusiones de este precepto son bastante claras:

1. No se puede repudiar la herencia del menor sin autorización judicial.
2. Si se acepta la herencia, expresa o tácitamente, la aceptación de la herencia *se entiende hecha a beneficio de inventario,* sin necesidad de cumplimentar ningún tipo de formalidad especial, es decir, sin someterse a los preceptos de los artículos 1.010 y siguientes del Código Civil, y sin necesidad de autorización judicial debido a la preferencia de la ley especial (art. 166 se aplica antes que el art. 270, por falta de adaptación 269 en la dicción literal).

Y esto es lo que ocurre en nuestro supuesto donde la abuela representante de los dos menores al aceptar la herencia de su hijo en nombre de los nietos automáticamente por ley se entiende hecha a beneficio de inventario.

La falta de capacidad de obrar que tienen los menores les impide hacer manifestaciones de voluntad que impliquen aceptación de la herencia (el art. 992.1 CC señala que pueden aceptar o repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes, y a *sensu contrario,* los que no tienen la libre disposición de sus bienes no pueden aceptar las herencias) y como solo podrían aceptarla por medio de sus representantes legales, en nuestro caso la abuela, se les atribuye a estos las consecuencias jurídicas de la aceptación y por lo tanto la responsabilidad *ultra vires* por las deudas del causante.

La DGRN, en su Resolución de 7 de julio de 1998, ha tenido ocasión de concretar esta situación exponiendo que «solo es posible la exclusión de la normativa protectora cuando el gravamen que se incardina en el negocio complejo no constituye un acto independiente que comprometa o arriesgue los patrimonios preexistentes de los menores, incapacitados o personas especialmente protegidas»[14].

Gracias a la aceptación a beneficio de inventario, los herederos solicitan previamente que se efectúe un inventario de los bienes, derechos y obligaciones que integran la herencia. De manera que se limita la responsabilidad que el heredero

tendrá de las deudas del causante al conjunto de bienes y derechos inventariados, no pudiéndose pagar las mismas con el patrimonio del heredero.

Se trata de un privilegio, en este caso obligatorio *ex lege,* ya que los beneficiarios, a través de su abuela como representante, responderán solo *intra vires hereditatis* del cumplimiento de las deudas hereditarias.

De no haberse previsto por la ley este privilegio de autolimitación, en este caso por el representante de los menores se aplicaría la responsabilidad *ultra vires hereditatis*.

Por lo que respecta a la *forma,* la solicitud del beneficio de inventario deberá hacerse mediante una declaración de voluntad expresa y solemne ante notario o por escrito ante el juez competente para prevenir el juicio de testamentaría o abintestato.

La cuestión en Derecho Foral varía, pues la cuestión, por ejemplo, no se plantea ni en *Navarra*, Leyes 318 y 319[15], ni en *Aragón*, ya que el artículo 355 del Real Decreto-ley 1/2011, de 22 de marzo[16], que regula la limitación de la responsabilidad del heredero en general, no se refiere a menores.

En *Cataluña*, en los artículos 461-14 y 461-16 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, Libro IV[17], por el contrario, sí recogen el beneficio legal de inventario para los menores de edad, tanto si no están emancipados como si lo están.

V. FINALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN TESTAMENTARIA DE LA HERENCIA DE MENORES DE EDAD ACEPTADA A BENEFICIO DE INVENTARIO

Una vez llegada a la mayoría de edad los herederos, Celestino y Soledad, demandaron a su abuela Marisa, y a quienes ella otorgó poderes: Alejandro y la entidad Estudio Jurídico Rodríguez Ladreda, S. L., entendiendo y solicitando que ya siendo ellos mayores de edad debía finalizarse la administración por los demandados de la herencia de su padre. De modo que, a su vez, exigían la obligación de los administradores de rendir cuentas, presentar inventario de bienes con cuenta detallada y justificada de frutos y rentas, y además la solicitud de la declaración de nulidad de pleno derecho con nulidad radical o subsidiariamente la anulabilidad de los actos jurídicos realizados en representación de los actores, desde que estos cumplieron la mayoría de edad[18].

La duda estudiada en la STS de 28 de junio de 2013, objeto de este pequeño comentario, reside en si el momento del *cese de la administración* testamentaria tiene lugar tras alcanzar los herederos la mayoría de edad, o dada la aceptación a beneficio de inventario, tras el correspondiente pago de acreedores y legatarios y la oportuna rendición de cuentas, ya que en nuestro sistema sucesorio la *aceptación bajo beneficio de inventario determina que la administración testamentaria de la herencia concluya cuando resulten pagados todos los acreedores y legatarios de la herencia y se rindan cuentas al heredero* (conforme a los arts. 1026 y 1032 CC).

Primero tenemos que recordar lo dicho en la STS de 15 de enero de 2013, según la cual: «la *aceptación a beneficio de inventario* no comporta o disciplina el régimen jurídico aplicable a la administración dispuesta testamentariamente. Esta se rige, sin lugar a dudas, por la voluntad manifestada por el testador, verdadero eje rector de la sucesión ordenada...».

Al establecer la propia ley la necesidad de que se acepte la herencia a beneficio de inventario por los menores, y estar además la herencia en administración de la abuela, se constituye como un patrimonio en administración en beneficio

tanto de los menores herederos como de los acreedores, siempre dentro del marco establecido por las disposiciones del testador. Aunque en este caso el testador no dice nada al respecto, ya que la finalidad de la administración solo fue la *situación de minoría de edad de los herederos beneficiados* y que se confirma en el propio reconocimiento que realiza la *administradora en el acta de aceptación del cargo*.

En resumen, la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo (anteriormente señalada por la instancia y por la Audiencia) establece que *la administración dispuesta testamentariamente cesa o termina con la mayoría de edad de los herederos* (art. 322 CC), sin perjuicio de que en dicho momento se deba rendir cuentas por la administración y gestión del patrimonio hereditario llevada a cabo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Busto Lago, Colina Garea, Cordero Lobato, Costas Rodal, González Carrasco, Martínez Espín, Peña López, Zurilla Cariñana: *Manual de Derecho Civil. Sucesiones*. Coordinador: Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. Bercal, 2012, Madrid, 2.ª ed.

Díez-Picazo, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio: *Sistema de Derecho Civil* (Vol. IV, Tomo 2): *Derecho de Sucesiones* (11.ª ed.), Tecnos, 2012

Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero y Rams Albesa: *Elementos de Derecho Civil;* T. V, *Sucesiones,* 2009, Dykinson, S. L.

Serrano Alonso: *Manual de Derecho de Familia, Manual de Derecho de Sucesiones*. EDISOFER, S. L., 2009.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS DEL TS CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 15 de enero de 2013, recurso: 1388/2010. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. Número de sentencia: 3/2013. La Ley 24655/2013.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de junio de 2013, recurso: 673/2011. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. Número de sentencia: 428/2013. La Ley 214161/2013.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 27 de mayo de 2010, recurso: 670/2006. Ponente: Antonio Salas Carceller. Número de sentencia: 339/2010. La Ley 60011/2010.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 3 de diciembre de 2009, recurso: 1890/2005. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 768/2009. La Ley 233106/2009.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 6 de octubre de 2005, recurso: 748/1999. Ponente: Román García Varela. Número de sentencia: 724/2005. La Ley 13972/2005.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 20 de diciembre de 2001, recurso: 2779/1996. Ponente: José Ramón Vázquez Sandes. Número de sentencia: 1241/2001. La Ley 230009/2001.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de enero de 1997, recurso: 2630/1993. Ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes. La Ley 1566/1997.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de abril de 1997, recurso: 1689/1993. Ponente: Pedro González Poveda. La Ley 6068/1997.

VIII. LEGISLACIÓN CITADA

- Código Civil (arts. 322; 882-1.º).
- Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (texto publicado en el *BOE* núm. 57 de 7 de marzo de 1973; corrección de errores, *BOE* 30-5-1974) Leyes 318 y 319.
- Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. Artículo 355.
- Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. *BOE* núm. 190, de 7 de agosto de 2008. Artículos 461-14 y 461-16.

NOTAS

[1] La STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de junio de 2013 (recurso: 673/2011. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. Número de sentencia: 428/2013. La Ley 214161/2013) aborda el tema del momento de conclusión de la administración testamentaria de la herencia de menores de edad aceptada a beneficio de inventario.

Como antecedentes del supuesto objeto de estudio hay que decir que:

A) El causante, don Inocencio, otorgó válido y último testamento el 22 de noviembre de 1990, por el que instituyó a sus hijos Soledad y Celestino, únicos y universales herederos por partes iguales y nombró administradora de sus hijos, «en cuanto a los bienes que estos heredaron del testador, a su madre doña Marisa» (cláusula cuarta).

B) Doña Marisa, por acta notarial de 14 de mayo de 2001, tras el fallecimiento de su hijo el día 19 de abril de 2001, aceptó el cargo de administradora, destacando la minoría de edad de los hijos del finado (manifestación tercera).

C) En la misma fecha, 14 de mayo de 2001, doña Marisa, como administradora de los bienes heredados por sus nietos, confirió poder a favor de don Jacobo y don Alejandro, con carácter solidario, para que en su nombre y representación ejercitaran amplias facultades en la gestión y administración de los bienes heredados.

[2] El artículo 661 del Código Civil indica que los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones y previamente el artículo 660 del Código Civil afirma que *llámase heredero al que sucede a título universal.*

[3] Recordemos que el artículo 323 del Código Civil establece que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero *hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.*

El término *curador,* contenido en el párrafo 1.º del artículo 323, ha sido introducido por LO 1/1996, de 15 de enero (*BOE* de 17 de enero), de Protección Jurídica del Menor, en sustitución del anterior *tutor*.

[4] Por otro lado, la herencia se puede encontrar *en administración,* que tiene lugar en los supuestos impuestos por el testador (art. 227 del CC el que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapacitado, podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarla. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor).

[5] STS, Sala Primera de lo Civil, de 27 de mayo de 2010, recurso: 670/2006. Ponente: Antonio Salas Carceller. Número de sentencia: 339/2010. La Ley 60011/2010.

[6] STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de enero de 1997, recurso: 2630/1993. Ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes. La Ley 1566/1997.

Este Tribunal Supremo tiene declarado que merece tanto respeto la voluntad del que ordena la distribución de los bienes para después de su muerte, que constituiría grave

transgresión a esa ley tan sagrada torcerla por fútiles motivos cuando estos no afectan a la esencia ni originan los casos de nulidad previstos por el legislador, a los que no debe darse más extensión que la por el mismo señalada, entre los cuales no se halla, por cierto, el error en los apellidos del favorecido cuando pueda saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada, como así lo expresa claramente el artículo, 773 del Código Civil, que en su relación con el 675, tampoco anula la voluntad del testador por la disconformidad que pueda haber a veces entre el sentido literal de sus palabras y la verdadera intención, lo que da margen a la función interpretativa, que ha de ejercitarse, en buena regla de hermenéutica, a favor de la eficacia de la disposición siempre que sea posible, que es lo realizado por la sentencia recurrida haciendo primar la voluntad del testador mediante la indagación acuciante de su voluntad de modo lógico, sistemático y teleológico o finalista, mediante el empleo de un canon de la totalidad de tales medios con otros extrínsecos o circunstancias exteriores, dirigido todo a la búsqueda armónica de esta última voluntad que se interpreta, criterios subjetivista y de medios extrínsecos plenamente sancionado por la jurisprudencia (sentencias de 4-11-61; 18-12-65; 5-6-78; 8-2-80; 5-4-81; 9-3-84; 9-6 y 2-9-87), debiendo tenerse en cuenta, en el caso que nos ocupa, la voluntad declarada y decidida del causante de testar, incluso superando sus padecimientos físicos, sin que nadie haya puesto en tela de juicio su capacidad para hacerlo, ni la validez del testamento en cuanto a sus formalidades, por lo que ha de mantenerse en su integridad, una vez salvados los errores padecidos y habida cuenta de que llama a sus primos, los designados, «por partes iguales», expresión utilizada por el artículo 983, párrafo segundo, del Código Civil, que ni siquiera se cita como infringido.

[7] STS, Sala Primera de lo Civil, de 3 de diciembre de 2009, recurso: 1890/2005. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 768/2009. La Ley 233106/2009.

[8] STS, Sala Primera de lo Civil, de 15 de enero de 2013, recurso: 1388/2010. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. Número de sentencia: 3/2013. La Ley 24655/2013. En el FJ 2.º se afirma que: «…valorado el sentido de la declaración testamentaria, la fijación de la voluntad real o intención del testador resulta concordante y clara en orden a interpretar la disposición testamentaria como una disposición a título particular del legado de cosa propia y específica del testador... El testador no solo conoce y dispone de un bien propio, claramente identificado en su patrimonio, sino que realza su vinculación con la voluntad querida: la construcción de un hospital en la Ciudad de Linares "en los terrenos que allí tengo adquiridos con dicho fin". De esta forma, tanto la ubicación como la determinación del bien y su correspondiente titularidad, pasan a integrar o conformar el objeto de la manda o legado, sentencia de esta Sala de 6 de marzo de 2013». «Interpretada la disposición testamentaria en orden a la configuración de un legado de cosa específica y determinada de la propiedad del testador, el legatario adquiere el objeto legado con la delación de la herencia (*ius delationis*), sin necesidad de aceptación, de forma que se erige como propietario de la cosa legada desde el momento de la muerte del testador, artículo 882.1.º del Código Civil».

[9] STS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de abril de 1997, recurso: 1689/1993. Ponente: Pedro González Poveda. La Ley 6068/1997. Interpretación de los actos testamentarios. Investigación de la voluntad real del causante por medio del sentido literal de las palabras y búsqueda de otros medios probatorios.

[10] STS, Sala Primera de lo Civil, de 6 de octubre de 2005, recurso: 748/1999. Ponente: Román García Varela. Número de sentencia: 724/2005. La Ley 13972/2005.

[11] La cursiva es nuestra.

[12] STS, Sala Primera de lo Civil, de 20 de diciembre de 2001, recurso: 2779/1996. Ponente: José Ramón Vázquez Sandes. Número de sentencia: 1241/2001. La Ley 230009/2001. Sentencia en la que se discute la impugnación de cuentas del administrador judicial en juicio de testamentaria, aunque en la sentencia de instancia se afirma el buen hacer del administrador al respecto.

[13] No olvidemos que el curador no suple la voluntad del menor, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su capacidad; por lo que su función no viene a ser de representación, sino de asistencia. Y cuando es preceptiva la autorización del curador, la ausencia de su intervención determina la anulabilidad del acto de que se trate según el artículo 293 del Código Civil.

[14] RDGRN de 7 de julio de 1998. La Ley 8119/1998. En el supuesto de hecho del presente recurso la madre de dos menores de edad, como representante legal de los mismos, compra determinado bien inmueble por el precio de 5.000.000 de pesetas que se paga mediante la entrega de un cheque con el que se perfecciona el préstamo, por la misma cantidad, que queda garantizado por la hipoteca que sobre dicho inmueble se constituye simultáneamente por la misma escritura, en la cual la compradora hace constar que concierta el préstamo hipotecario para financiar la compra y que el destino de la finca adquirida generará los ingresos adecuados para afrontar el pago de los vencimientos por intereses y por restitución del principal de dicho préstamo.

El registrador inscribe la compraventa, pero deniega la inscripción de la hipoteca por no acreditarse la pertinente autorización judicial a que se refiere el artículo 166 del Código Civil.

[15] Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (texto publicado en el *BOE,* núm. 57 de 7 de marzo de 1973; corrección de errores, *BOE* 30-5-1974).

LEY 318. Responsabilidad «intra vires». El heredero responderá frente a los acreedores hereditarios y legatarios con el valor de los bienes de la herencia exclusivamente; pero si se excediere en el pago a los acreedores, estos no estarán obligados a restituir. Se considerarán también acreedores de la herencia los que lo sean por gastos de última enfermedad, entierro y funerales.

LEY 319. Beneficio de separación.

a) Quiénes pueden solicitarlo. Los acreedores hereditarios, dentro del plazo de seis meses, a contar de la fecha del fallecimiento del causante, podrán solicitar del juez la formación de inventario y la separación de los bienes de la herencia, con el fin de satisfacer con los mismos sus propios créditos, según su respectivo rango, excluyendo a los acreedores particulares del heredero hasta la total satisfacción de aquellos créditos. Hasta tal momento no se confundirán las deudas y créditos existentes entre el heredero y el causante, ni se extinguirán las correspondientes garantías.
Los legatarios tendrán ese mismo derecho para asegurar el cumplimiento de los legados con el remanente de la herencia después de quedar satisfechos aquellos acreedores.

b) Efectos. La separación de bienes hereditarios afectará a estos para el pago preferente a los acreedores y legatarios que la hubieran solicitado. El juez, a petición de los interesados, señalará plazo para la formación de inventario y decretará las anotaciones y embargos preventivos, notificaciones y demás medidas de aseguramiento.

Una vez satisfechos los acreedores de la herencia y legatarios que hubieren solicitado la separación, serán pagados los acreedores y legatarios que no la hubieren solicitado, sin más preferencia entre ellos que la que les corresponda por la naturaleza de sus créditos o conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

[16] Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

Artículo 355. Limitación de la responsabilidad del heredero.

1. El heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario.
2. Sin embargo, cuando los bienes heredados existentes no sean suficientes, el heredero responderá con su propio patrimonio del valor de lo heredado que enajene, consuma o emplee en el pago de créditos hereditarios no vencidos; así como del valor de la pérdida o deterioro que, por su culpa o negligencia, se produzca en los bienes heredados.

[17] Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. *BOE* núm. 190, de 7 de agosto de 2008.

Artículo 461-14. *Aceptación de la herencia a beneficio de inventario*. 1. El heredero puede adquirir la herencia a beneficio de inventario, siempre y cuando tome inventario de la misma, antes o después de su aceptación, de acuerdo con lo establecido por el artícu-

lo 461-15. El heredero puede disfrutar de este beneficio, aunque el causante lo haya prohibido y aunque acepte la herencia sin manifestar la voluntad de acogerse al mismo.

Artículo 461-16. *Beneficio legal de inventario*.

Disfrutan de pleno derecho del beneficio de inventario, aunque no lo hayan tomado, los *herederos menores de edad,* tanto si están emancipados como si no lo están, las personas puestas en tutela o curaduría, los herederos de confianza, las personas jurídicas de derecho público y las fundaciones y asociaciones declaradas de utilidad pública o de interés social. También disfrutan del mismo las herencias destinadas a finalidades de interés general.

[18] La sentencia de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda en el único sentido de ordenar a Marisa y Alejandro rendir cuenta detallada y justificada a los actores, en las condiciones que señala la sentencia y absuelve a la entidad Estudio Jurídico Rodríguez Ladreda, S. L. Ambas partes recurrieron la sentencia.

En segunda instancia se confirmó la sentencia, con desestimación de ambos recursos, al considerar *que la administración cesó con la mayoría de edad, sin perjuicio del deber de rendir cuentas y de la subsistencia posterior del mandato por ratificación tácita de lo actuado.*

1.2. Familia

Los menores nacidos mediante gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014

Children born through pregnancy by substitution not be registered in the Civil Register. A review of the STS 6 february 2014

por

EDUARDO CORRAL GARCÍA
Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz

RESUMEN: El presente trabajo tiene como finalidad comentar la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014, que afirma la imposibilidad de proceder en nuestro país a la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de los menores nacidos mediante la técnica de reproducción asistida, conocida como «gestación por sustitución» o «maternidad subrogada», así como de la filiación de los mismos respecto de quienes hayan recurrido a tal técnica en un país extranjero, ya que el convenio que da lugar a la realización de la misma es nulo, tal y como establece el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 25 de mayo, reguladora de las técnicas de reproducción humana asistida, precepto que es considerado por el TS como perteneciente al orden público internacional, por lo que ni siquiera puede darse cobertura jurídica a la solicitud de inscripción acudiendo al interés superior del menor.

ABSTRACT: This paper aims to discuss the Supreme Court judgment of February 6, 2014, which claims the inability to come to our country to the registration in the Registry of the birth of children born through assisted reproduction technique known as «surrogacy» or «surrogate motherhood» and the affiliation of the same in respect of whom have resorted to such a technique in a foreign country, as the agreement leading to the realization of it is zero, as established in art. 10 of Law 14/2006, of 25 May, regulating assisted human reproduction, a provision that is considered by the Supreme Court as part of the international public order, so you can not even give legal cover to the request for registration going to the interests of the child.

PALABRAS CLAVE: Reproducción asistida. Gestación por sustitución. Inscripción de la filiación. Orden público. Interés del menor. Permiso de maternidad. Adopción.

KEY WORDS: Assisted reproduction. Surrogacy. Registration of parentage. Public order. Interests of the child. Maternity. Adoption.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. MATERNIDAD SUBROGADA Y ORDEN PÚBLICO.—III. INTERÉS DEL MENOR: HECHOS CONSUMADOS Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD.—IV. PRESENTE Y FUTURO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014, confirma la decisión tomada por la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011, en el sentido de dejar sin efectos la inscripción, solicitada por un matrimonio formado por dos varones, de la filiación respecto a dos menores nacidos mediante un procedimiento de maternidad subrogada o gestación por sustitución realizado en California, que fue autorizada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 18 de febrero de 2009[1]. Dicho fallo supone un jarro de agua fría para quienes son partidarios de la admisión en nuestro país de la gestación por sustitución o maternidad subrogada, como vía para satisfacer el deseo de tener hijos por parte de quienes no pueden tenerlos por medios naturales, especialmente las parejas, casadas o no, de personas del mismo sexo; en concreto, las parejas formadas por varones, o las parejas de mujeres en las que ninguna de las dos pueda someterse a las técnicas de reproducción artificial por imposibilidad de llevar a término un embarazo.

Esta vía de la gestación por sustitución es largamente deseada, máxime si tenemos en cuenta que el país al que más españoles acuden para adoptar un menor es Rusia, que ha endurecido los requisitos para entregar un niño en un proceso de adopción internacional, impidiendo que esta sea solicitada tanto por parejas del mismo sexo como por personas solteras, ya que estas pueden estar conviviendo con una persona del mismo sexo[2]. Por tanto, las parejas homosexuales verían con buenos ojos la derogación del artículo 10 de la actual Ley reguladora de las técnicas de reproducción humana asistida —Ley 14/2006, de 25 de mayo—, y su sustitución por una regulación de la denominada vulgarmente maternidad de alquiler.

Pero la STS citada no solo deniega la inscripción en el Registro Civil de un menor nacido en California mediante dicha técnica, solicitada por una pareja matrimonial de varones, siendo uno de ellos el aportante del material genético necesario para la realización de la técnica, sino que proporciona argumentos contundentes para justificar la actual consideración de la maternidad subrogada —nulidad del contrato que la permite llevar a cabo, que no prohibición—, y para considerar perjudicial su posible regulación en el futuro.

En primer lugar, debe destacarse que el TS lleva hasta sus últimas consecuencias la sanción de nulidad que la LTRHA —desde su primera redacción en 1988 hasta la actual de 2006— impone al contrato de maternidad subrogada: si un contrato nulo no debe tener efectos, es evidente que la inscripción de un niño concebido artificialmente de dicho modo es un efecto derivado del contrato celebrado entre los recurrentes y la clínica californiana que realizó el procedimiento de gestación por sustitución. Por tanto, no puede admitirse que, al considerarse «una consecuencia última y periférica del contrato», deba mirarse para otro lado y permitirse la inscripción, ya que entonces el contrato celebrado en el extranjero produciría precisamente el único efecto buscado por los progenitores en España: que ese niño sea inscrito como hijo suyo. De admitirse la inscripción, estaríamos en presencia de un fraude de ley: se celebra el contrato en un país donde sí está admitida la gestación por sustitución, eludiendo la sanción de nulidad existente en España, y con la inscripción la pareja consigue su fin último, ser padres a todos los efectos de un niño que convive con ellos en territorio español.

Lo anterior no impide apostillar que el TS se equivoca al referirse a la huida de los solicitantes del ordenamiento español para conseguir su propósito, en cuanto que la gestación por sustitución es una actuación *prohibida* en España;

que el contrato sea radicalmente nulo no quiere decir que exista tal prohibición. De hecho, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, de 5 de octubre de 2010, aprovecha ese hueco que deja la LTRHA para así dar cobertura jurídica a la situación *de facto* que se plantea cuando se trae a España a un niño nacido mediante esa técnica, que supone —como se aduce en el voto particular— un avance en la regularización y flexibilización de dichos supuestos. Si la LTRHA prohibiera expresamente acudir a la maternidad subrogada, dicha instrucción vulneraría dicha prohibición y sería nula de pleno derecho.

En todo caso, el TS rechaza, con todo acierto, la disociación entre el contrato de gestación por sustitución y la filiación del ser nacido de ella: la filiación cuyo acceso al Registro Civil se deniega es justamente la consecuencia directa y principal del contrato.

En el voto particular firmado por cuatro magistrados, favorables a la inscripción denegada por la mayoría de la Sala, se añaden consideraciones a favor de la admisión de la maternidad subrogada en nuestro país, en cuanto que supone una manifestación del «derecho a procrear»[3]. Lo que sí nos parece una afirmación del todo punto errónea es pretender justificar la bondad de esta norma en el interés del menor, «que nace en el seno de una familia que lo quiere. Es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño». Esta última frase no puede ser más opuesta a la realidad: el niño no existe cuando la pareja homosexual recurre a las técnicas de fecundación artificial, luego es evidente que estamos en presencia de una familia que busca un niño, y se satisface ese deseo de esa forma[4]. La frase aludida solo se puede predicar de la adopción: nos encontramos ante un menor en situación de desamparo y se procura encontrar una familia en la que pueda crecer y madurar como persona, luego ahí si se da una familia al niño; pero lo anterior no se puede predicar de la gestación por sustitución en ningún caso. Por eso se exige a los adoptantes un certificado de idoneidad, algo que no se pide a la mujer que se somete a una técnica de reproducción artificial.

II. MATERNIDAD SUBROGADA Y ORDEN PÚBLICO

¿Cuál es el motivo de fondo de la decisión del TS y del rechazo actualmente existente a la gestación por sustitución? La vulneración de la dignidad de la mujer gestante, principio fundamental de nuestra Constitución (art. 10) que forma parte del orden público interno, que debe ser respetado por toda decisión de una autoridad extranjera que pretenda ser reconocida. En la mayoría de las ocasiones, las mujeres que se prestan a que en ellas se implante el embrión *in vitro* son personas jóvenes en situación de pobreza, que reciben una contraprestación, aprovechándose de su necesidad aquellos ciudadanos occidentales que se lo pueden permitir. A la vez, el hijo deseado es fruto de un contrato mercantil, lo cual también es manifestación de que el menor es tratado más como objeto que como sujeto. Justamente idéntica consideración ocurre con respecto al aborto, si bien en este caso es la eliminación de un embrión humano no deseado lo que es objeto de tráfico mercantil por parte de las clínicas privadas que ofrecen el servicio de «interrupción voluntaria del embarazo».

Por tanto, la solicitud de inscripción no cumple la exigencia del artículo 23 de la Ley de Registro Civil de respetar la legalidad conforme a la Ley española, en cuanto que no se respeta ni la dignidad ni la integridad moral de la mujer

gestante, y no se protege suficientemente al menor al ser objeto de la mercantilización aludida.

El voto particular plantea que todo lo anterior no tiene sentido porque en ningún caso debe haber un control de legalidad del acto cuya inscripción se solicita, ya que la filiación ha sido determinada por una autoridad extranjera, en un país donde la gestación por sustitución está admitida, luego desde el punto de vista formal el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil permite la inscripción al estar en presencia de una decisión de autoridad, y desde un punto de vista material no hay por qué aplicar el artículo 10 de la Ley 14/2006, ya que hay que distinguir entre la ilegalidad de la maternidad subrogada en nuestro país y los efectos de dicha práctica realizada en otro Estado.

Además, en el voto particular se hace referencia a la alusión al orden público internacional en casos similares resueltos en otros países como argumento a favor de no tener en cuenta la Ley 14/2006 en lo referente a la nulidad de la maternidad subrogada. Sin embargo, si vamos a los fallos judiciales citados, la lectura que debe hacerse no es exactamente de esa manera: en los casos Meneeson y Labasse, la Corte de Casación francesa, en sus sentencias de 6 de abril de 2011, precisa que el reconocimiento judicial efectuado en California sobre la filiación de menores nacidos de un vientre de alquiler a favor de un matrimonio francés contraría el orden público internacional, sin que el interés superior de las menores pueda permitir la validación *a posteriori* de un proceso ilícito[5]. En cuanto al caso Campanelli y Paradiso, juzgado por un Tribunal de menores en Italia, se declaró el desamparo de una menor nacida con esta técnica, por violación de las normas de la adopción, considerando conveniente para esta menor que fuera trasladada a una institución a la espera de ser adoptada por otra familia[6].

Tal y como se exige por la DGRN en su Instrucción de 5 de octubre de 2010, en el voto particular se da por sentado que el consentimiento de la mujer gestante tanto para someterse a las técnicas de reproducción artificial como para renunciar al niño nacido de ella es libre y consciente. Pero se olvida que esa renuncia se efectúa a cambio de una contraprestación económica que, en muchas ocasiones, ayuda a la mujer a salir, aunque sea momentáneamente, de un estado de necesidad. Y a los que «encargan» el niño, la mujer solo les interesa en cuanto que les va a «alquilar» su útero durante los meses que dure el embarazo; es más que dudoso que no se esté tratando a la madre biológica como un objeto del tráfico mercantil, que tiene su precio. Recordemos que, precisamente para evitar el tráfico de órganos y de material reproductor humano, tanto la normativa reguladora de la donación, extracción y trasplante de órganos, como la propia LTRHA en lo referente a la donación de esperma o de óvulos, imponen el carácter gratuito del acto de donación, imposición vulnerada —en la mayoría de los casos— en la gestación por sustitución[7].

III. INTERÉS DEL MENOR: HECHOS CONSUMADOS Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

No puede negarse que la sentencia, aun siendo justa, deja en el limbo jurídico al menor que, de hecho, convive con la pareja homosexual y es cuidado por ellos[8]. Por ello los recurrentes entienden que la denegación de la inscripción no tiene en cuenta el interés superior del menor en toda decisión que le afecte.

Ahora bien, dicho principio general no puede ser un «mantra» jurídico que sirva para dar cobertura a situaciones que se derivan de un acto ineficaz. El TS

advierte que «la cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma»; en concreto, no puede servir para llegar a un resultado contrario a lo previsto en la LTRHA, ya que supondría vulnerar el sistema de fuentes previsto en el artículo 1 del Código Civil y al principio de legalidad contenido en los artículos 9.3 y 117.1 de la Constitución. Si el TS se pronunciara en sentido contrario, estaríamos en presencia de una extralimitación del poder judicial, que no puede arrogarse la condición de legislador negativo derogando fácticamente una norma válida y eficaz[9]. Hay que recordar que la ley es superior en rango jerárquico respecto a un principio general, recordatorio que parece haberse aplicado el propio TS, cambiando su percepción acerca del interés del menor, que le ha permitido aplicar de modo general la custodia compartida, cuando la norma vigente establece claramente que deberá acordarse de modo excepcional[10]. No podemos confundir deseo con realidad; ni lo que la norma dice con la que la norma podría decir, mientras no sea reformada[11].

Además, el TS hace referencia de modo acertado a la dignidad del propio menor como un parámetro para decidir que es realmente lo mejor —o lo menos malo— para el menor. Proceder a su inscripción significaría dar carta blanca a un modo de actuar en el que el niño deja de ser un sujeto de derechos para ser un objeto para satisfacer el deseo, inalcanzable por otras vías, de ser padres sea como sea. Estamos nuevamente ante esa tendencia a hacer decir a la norma lo que nos gustaría que dijera para satisfacer nuestro propio interés; en concreto, el deseo de ser padre o madre para quien no puede serlo de modo natural porque la relación de pareja que ha escogido entablar es incapaz de generar una nueva vida, si no es con la ayuda de las técnicas de reproducción asistida. El Derecho debería consagrar así un nuevo derecho subjetivo, el de decidir libremente ser padre o madre —en el caso de las mujeres, incluye tanto la vertiente positiva (FIVET) como negativa (aborto)—, sin ningún tipo de límite o cortapisa.

Con buen criterio, el TS advierte que «la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil», por lo que debe rechazarse el atajo que supondría la inscripción.

La solución se encuentra, tal y como recuerda el TS, en el propio artículo 10 de la LTRHA de 2006: el varón que haya proporcionado el esperma utilizado en la técnica reproductiva podrá solicitar la reclamación de su paternidad; y con posterioridad, su pareja matrimonial podría solicitar, en su condición de cónyuge, la adopción del menor ya inscrito como hijo de su padre biológico[12]. Evidentemente, en los casos en los que ninguno de los miembros de la pareja —sean del mismo sexo o de sexo contrario— haya proporcionado gametos para el proceso de reproducción artificial, no podrán obtener la determinación de su paternidad ni la inscripción del niño como hijo suyo de ninguna de las maneras admitidas por nuestro Derecho. ¿Cómo se debe actuar en esos casos? La solución proporcionada en Italia al caso Campanelli puede parecer muy extrema, pero es la más coherente con la prohibición de la maternidad subrogada[13].

Análogas consideraciones se pueden hacer respecto a la situación en la que se encuentran los menores sometidos a una kafala por decisión judicial en un país musulmán —fundamentalmente, Marruecos y Argelia—, cuando se trasladan a vivir a países europeos —sobre todo, España y Francia— bajo la tutela del kefils o guardador del menor. En todos los casos en los que el tutor del menor ha solicitado directamente la inscripción de la kafala a su favor como una adop-

ción —es decir, constituyendo un vínculo de filiación con respecto al menor—, la jurisprudencia española ha rechazado el atajo que supone la adopción, ya que la kafala no rompe la filiación del menor respecto a sus padres biológicos, que lo habrían abandonado en su país de origen, sino que conceden a dicha institución de los países islámicos unos efectos similares a los de una tutela dativa o de un acogimiento familiar permanente, que permitirán con posterioridad comenzar los trámites para la constitución judicial de la adopción; pero no cabe conceder esta saltándose los pasos previstos en el Código Civil[14]. De hecho, el TS alude a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de octubre de 2012, que resolvió el caso Harroudj contra Francia, en el cual el TEDH confirmó que el Estado francés no había vulnerado el derecho a la vida privada y familiar recogido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al denegar la nacionalidad francesa a una menor argelina sometida mediante la kafala a la tutela de la solicitante, ciudadana francesa, ya que no había vínculo de filiación entre ambas que permitiera conceder la nacionalidad solicitada, con el fin de dar cobertura jurídica plena a la relación familiar *de facto* existente.

En contra de lo anterior, el voto particular afirma que «a los niños, de nacionalidad española, se les coloca en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto y a la respuesta que pueda darse en un supuesto en el que están implicados unos niños que siguen creciendo y creando vínculos afectivos y familiares irreversibles»; por tanto, debería protegerse la relación *de facto* consumada para beneficiar a los menores, lo que no se ha producido al aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudicando a los niños, que podrían verse abocados a situaciones de desamparo. No podemos coincidir con dicha afirmación: en ningún caso los jueces están ordenando que se separe al menor del entorno familiar en el que se encuentra, sino que impiden la inscripción de la filiación que *de facto* tiene lugar, ya que se pretende alcanzar por una vía que el ordenamiento interno español rechaza de forma rotunda; el fin no justifica los medios, por mucho que se diga que «no hay orden público si en el caso se contraría el interés del niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada». La cuestión de fondo es que la gestación por sustitución vulnera la dignidad de la mujer gestante y del menor al ser tratados como objetos y no como sujetos; aunque esté permitida en otros países, el interés del menor no puede servir de coartada para que produzca en nuestro país los mismos efectos que tendría si fuera legal para nuestro ordenamiento.

En el voto particular se hace referencia a la jurisprudencia que ha reconocido eficacia a la gestación por sustitución, de cara a la concesión de permisos de maternidad a personas —tanto hombres como mujeres— que obtuvieron un niño mediante esa técnica en California, y que han visto cómo el INSS considera que, al no ser «madres» de acuerdo con lo indicado en el artículo 133 bis LGSS —maternidad biológica o por adopción, así como las situaciones de acogimiento, en cualquiera de sus modalidades—, se oponía a la concesión de dicho permiso. Pero el que algunos tribunales hayan reconocido dicho permiso —asimilando la situación *de facto* existente a la que se produciría si el menor hubiera sido adoptado— no puede extrapolarse a los efectos sobre la filiación. De hecho, la sentencia más reciente en el tiempo sobre este tema, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de noviembre de 2013[15], advierte, tras admitir que «los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas»[16], que «en el presente caso no se trata de determinar la filiación de las hijas nacidas en California, ni tampoco de decidir si una filiación determinada en virtud de una certificación registral extranjera

puede acceder al Registro Civil», sino decidir si la maternidad de alquiler o no es equiparable a las demás situaciones de hecho que permiten obtener prestaciones por maternidad. Por tanto, de modo implícito se está negando que la determinación de la filiación sea una mera cuestión de hecho que pueda decidirse sin tener en cuenta la prohibición de la gestación por sustitución.

En todo caso, añadiría que es de todo punto contradictorio e incoherente con la realidad de las cosas conceder un permiso de maternidad —que tiene como finalidad, según ha indicado la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de marzo de 2014, sobre el asunto C-167/12, facilitar la lactancia del recién nacido a cargo de su madre[17]— a un varón que ni ha estado embarazado, ni ha dado a luz a «su» hijo, ni lo va a amamantar[18], a pesar de que en la sentencia del TSJ de Madrid, de 18 de octubre de 2012 —que reconoce el permiso de maternidad derivado del nacimiento de una niña mediante maternidad subrogada cuyos progenitores son dos varones— se afirme que la igualdad entre mujeres y hombres provoca que la finalidad del otorgamiento de dicho permiso —mejorar la integración de la mujer en el ámbito laboral, así como la conciliación de la vida familiar y laboral— es aplicable a las familias de la naturaleza o clase que sea, incluyendo las parejas de personas del mismo sexo, también el masculino; sencillamente, tal interpretación es delirante, porque la Ley, por mucho que considere a una persona como progenitor, no puede hacer que un hombre sea madre. Se podrá modificar el artículo 133 bis LGSS en el futuro; pero mientras siga hablando de permiso de maternidad, el tratamiento diferente por sexos estaría plenamente justificado.

IV. PRESENTE Y FUTURO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La sentencia del TS es claramente contradictoria con las resoluciones de la DGRN que sí han permitido la inscripción de niños nacidos mediante gestación por sustitución. Evidentemente, dichas resoluciones tuvieron sus efectos porque en su momento la Fiscalía no las impugnó, lo que sí se ha hecho con el caso objeto de la STS objeto del comentario. ¿Ha cambiado el criterio u opinión de la Fiscalía al respecto? Cabe deducir que sí, en el sentido de ser más beligerante con el fenómeno de la maternidad de alquiler.

Pero la propia DGRN parece también haber virado en esta materia. En su Resolución de 15 de abril de 2013, se rechaza la inscripción de dos gemelas nacidas en California —como en el caso objeto del fallo del TS— a favor de un matrimonio de españoles, esta vez heterosexual. Y se hace porque los solicitantes no han podido aportar informes médicos de seguimiento del embarazo ni parte de alumbramiento por parte de la madre, luego no ha quedado acreditada la filiación biológica respecto de los supuestos progenitores.

Lo curioso de la resolución es que no se hace referencia a la maternidad de alquiler, pero es evidente que se trata de un caso similar al enjuiciado por el TS. Eso le permite a la DGRN no entrar en cuestiones de fondo acerca de dicha técnica reproductiva, sino que se limita a alegar que la inscripción del nacimiento realizada en California no puede acogerse al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil —de tal forma que bastaría la certificación del registro extranjero para proceder a la inscripción solicitada en España—, sino que debe cumplir las condiciones exigidas por el artículo 23 de la Ley del Registro Civil, esto es, que el hecho inscrito en el extranjero —el nacimiento en California de las dos menores— no suscite dudas acerca de su realidad «y de su legalidad conforme

a la ley española». Sin embargo, en la RDGRN de 18 de febrero de 2009, se entendió que «a fin de cumplir con el control de legalidad para que el certificado de nacimiento tuviese eficacia en España y fuese inscribible, bastaría con el cumplimiento de los requisitos necesarios para que un documento extranjero tuviera eficacia en España» (De Torres Perea, 2014, pág. 9), de acuerdo con la vía del artículo 81 RRC citado.

Por lo tanto, hay un giro en la doctrina de la DGRN; sin decirlo expresamente, se «convierte» a la doctrina de que la gestación por sustitución no puede tener efectos porque vulnera el orden público interno. Tan solo hay una referencia a la maternidad de alquiler en cuanto que el Fiscal indicó en su informe que se podía presumir que se estaba en presencia de un supuesto de ese tipo, pero simplemente para recordar los requisitos exigidos por la Instrucción de 5 de octubre de 2010 para proceder a la inscripción de los menores nacidos mediante dicha técnica[19]. Sin embargo, la resolución deja escapar una referencia a que en el caso se plantea fundadas dudas sobre la realidad y legalidad del nacimiento inscrito en California. Sobre lo primero, porque todo indica que la madre no es tal; y sobre lo segundo, porque si la madre no lo es, sería ilegal que lo hubiera sido una madre de alquiler[20].

Además, hay que plantearse qué ocurrirá con solicitudes similares a la denegada por el TS cuando entre en vigor —en julio de 2014— la nueva normativa reguladora del Registro Civil, la Ley 20/2011, de 21 de julio. Como se dijo anteriormente, ya no se hace referencia al control de legalidad de la resolución judicial a la que se refiere la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sino que el filtro de acceso al Registro es el orden público: de acuerdo con el artículo 96.2.2.º*d)* de la nueva Ley, debe verificarse, entre otros requisitos, que «la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español», lo cual, a la luz de la STS, objeto de este comentario, tiene una respuesta negativa[21]: sí se contraría dicho orden público[22], por lo que se deberá continuar denegando la inscripción de la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución[23], lo cual supone una derogación *de facto* de la precitada Instrucción de 5 de octubre de 2010; aun cumpliéndose los requisitos en ella determinados para proceder a la inscripción, la impugnación de la misma tendría sólida argumentación en la STS de 6 de febrero de 2014 —a la espera de un segundo pronunciamiento en el mismo sentido— y en la nueva normativa reguladora del Registro Civil.

Con independencia de que se consolide o no la denegación de la inscripción de los niños nacidos mediante gestación por sustitución, se impone una reflexión de fondo. Ya que es imparable la realidad que muestra que las parejas infértiles —o que no pueden procrear por imposibilidad biológica, como ocurre con una pareja de hombres y con una pareja de mujeres— van a acudir, cuando les sea posible, a la maternidad de alquiler, ¿debe rendirse el Derecho ante una situación de hecho que, por mucho que se prohíba en un país, se puede originar en otro Estado donde dicha práctica es legal?[24] ¿Debe rechazarse toda reflexión ética —apoyada en la biología humana— que impida el reconocimiento jurídico de técnicas de reproducción asistida que de hecho se llevan a cabo con cierto éxito?[25] El utilitarismo y la tecnología se imponen a la visión natural y biológica del origen de la vida humana. Ahora bien, llevar la contraria a la naturaleza provoca un galimatías jurídico de tal consideración —como se ha puesto de manifiesto en las páginas anteriores— que permite afirmar que la reproducción asistida que no se lleva a cabo de modo análogo a la sexualidad humana originaria de una nueva vida —es decir, la fecundación heteróloga y el recurso a una mujer

gestante diferente de la que quiere ser madre— provoca más problemas de los que se supone que se quiere remediar[26].

De modo análogo a *qui natura non dat, Salamanca non praestat,* podríamos decir que la biotecnología tiene sus límites éticos —embriones sobrantes tratados como objetos y no como sujetos, la vulneración de la dignidad de la mujer que presta su útero, considerar al ser humano nacido de las técnicas de reproducción asistida como un objeto que colma los deseos de ser «progenitor» a toda costa—, que al ser rebasados provoca conflictos biojurídicos de difícil solución, precisamente porque no se respetan las leyes biológicas propias de la naturaleza humana, que deberían ser respetadas tanto por los avances técnicos como por las modificaciones legislativas; traspasar esos límites lleva aparejada de modo inevitable la contradicción entre Ciencia, Ética y Derecho.

V. CONCLUSIONES

I. La STS, de 6 de febrero de 2014, rechaza que el interés superior del menor pueda servir como argumento para inscribir la filiación a favor de un matrimonio de españoles de un niño nacido mediante gestación por sustitución en un país extranjero —California— en el cual dicha técnica de reproducción asistida es válida, ya que el contrato que ampara su realización es nulo en nuestro país, por lo que su principal efecto —la determinación de la filiación— no puede obtener amparo jurídico.

II. Además, el artículo 10 LTRHA, que señala la nulidad del contrato de maternidad subrogada, es una norma perteneciente al orden público español, en cuanto que protege a la mujer gestante y al menor nacido de las técnicas de su mercantilización, ya que la dignidad de ambos se ve vulnerada al convertirse en objetos del tráfico mercantil y de un deseo de obtener un hijo a toda costa, respectivamente.

III. Los matrimonios —sean los cónyuges del mismo sexo o no— tendrán como única alternativa para inscribir la filiación del menor nacido de un vientre de alquiler en el extranjero y que conviva con ellos la prevista en el propio artículo 10 LTRHA: solicitar la determinación de la filiación por parte de quien haya aportado material genético al procedimiento reproductivo, y posteriormente el otro cónyuge podrá solicitar la adopción del menor. Esto significa *de facto* que, a pesar de que la gestación por sustitución esté «prohibida» en nuestro ordenamiento, sí puede llegar a producir —si bien mediante un camino indirecto, más costoso y más largo— su principal efecto, que los comitentes del menor lleguen a ser sus progenitores, lo cual no deja de ser una contradicción más provocada en nuestro Derecho por la biotecnología ejecutada sin límites éticos, en contra de la biología humana.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del TJCE, Gran Sala, de 18 de marzo de 2014, C-167/2012 (Diario La Ley, 1 de abril de 2014).
- Sentencia del TEDH, de 4 de octubre de 2012, Caso Harroudj contra Francia (TEDH 2012/89).
- Sentencia del TSJ de Asturias, de 20 de septiembre de 2012 *(AS* 2012/2485).
- Sentencia del TSJ de Madrid, de 18 de octubre de 2012 *(AS* 2012/2503).

- Sentencia del TSJ de Cataluña, de 23 de noviembre de 2012 *(AS* 2013/845).
- Sentencia del TSJ de Madrid, de 13 de marzo de 2013 *(JUR* 2013/291496).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2010.
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de noviembre de 2011 *(JUR* 2012/33503).
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 12 de abril de 2011 *(JUR* 2011/321814).
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de julio de 2011 *(JUR* 2011/405248).
- RDGRN de 21 de marzo de 2006.
- RDGRN de 15 de abril de 2013.

BIBLIOGRAFÍA

Balboni, M. (2013): *Gli Avvocati generali della corte di giustizia dell'Unione europea e la surrogazione di maternità* (en línea), disponible en http://www.articolo29.it/2013/gli-avvocati-generali-della-corte-di-giustizia-dellunione-europea-e-la-surrogazione/

Barber Cárcamo, R. (2013): «La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, págs. 2905-2950.

Corral García, E. (2013): «El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 38, págs. 45-69.

— (2013): «El lenguaje bioético en la normativa y jurisprudencia sobre problemas biojurídicos», en *Cuadernos de Bioética*, vol. XXIV, 2013/2.º, págs. 239-250.

De Torres Perea, J. M. (2014): «Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor», en *Diario La Ley*, núm. 8281, 28 de marzo de 2014.

Parrón Cambero, M.ª J. (2014): «Vientre de alquiler: *mater Semper certa est, pater semper incertus est*», en *Diario La Ley*, núm. 8269, 12 de marzo de 2014.

Vela Sánchez, A. J. (2014): «Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014», en *Diario La Ley*, núm. 8279, 26 de marzo de 2014.

Wahl, N. (2013): *Conclusiones del Abogado General, presentadas el 26 de septiembre de 2013. Asunto C-363/12* (en línea), disponibles en http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=142181&doclang=ES

NOTAS

[1] Dicha Resolución fue impugnada por el Ministerio Fiscal ante el Juzgado número 15 de Primera Instancia de Valencia, que en su sentencia de 15 de septiembre de 2010 estimó la demanda y dejó sin efectos la inscripción de nacimiento realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles de los menores y de filiación a favor de la pareja homosexual, que recurrió en apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia; como ya se ha dicho, la citada Audiencia rechazó el recurso y confirmó el fallo de instancia.

[2] Fuente de la información: http://www.abc.es/sociedad/20140213/abci-rusia-adopciones-homosexuales-201402131557.html. Según un decreto aprobado por el Gobierno ruso el 13 de febrero de 2014, y desarrollando un precepto del Código de Familia aprobado en junio

de 2013, no podrán adoptar niños rusos «personas del mismo sexo unidas en matrimonio conforme a la legislación de los estados que permiten ese tipo de matrimonios, así como las personas solteras ciudadanas de dichos estados».

[3] Como se decía en un anterior trabajo —Corral García, E. (2013), «El derecho a la reproducción humana. ¿Se debe admitir la maternidad subrogada?», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 38, pág. 58—, nos referimos a las mujeres occidentales y con nivel económico desahogado que quieren ser madres solteras, parejas de varones y de mujeres, en el caso de que ninguna de ellas pueda quedarse embarazada (para los hombres lo es siempre), que se aprovechan de la necesidad económica de las mujeres indias que se prestan a alquilar su útero a cambio de 6.000 €, una fortuna para una persona que vive en un país donde el 80 por 100 de la población vive con dos dólares al día.

[4] En las Conclusiones del Abogado General del TJCE, N. Wahl, presentadas el 26 de septiembre de 2013, respecto al Asunto C-363/12 (en línea), disponibles en http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=142181&doclang=ES, pág. 6, se reconoce que la maternidad subrogada «ofrece a las parejas del mismo sexo una forma de cumplir su *deseo* de tener un hijo que esté relacionado biológicamente con uno de los padres comitentes».

[5] R. Barber Cárcamo (2013), «La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, pág. 33, señala que en esas sentencias «la Corte de Casación francesa advierte el carácter de orden público de la nulidad del contrato de maternidad subrogada, *ex* artículos 16.7 y 16.9 *Code*, y el principio primordial para el Derecho francés de la indisponibilidad del estado civil».

[6] Tomado de Parrón Cambero, M. J. (2014), «Vientre de alquiler: *mater semper certa est, pater semper incertus est*», en *Diario La Ley*, núm. 8629, 12 de marzo de 1014, pág. 3. M. Balboni (2013), *Gli Avvocati generali della Corte di giustizia dell'Unione europea e la surrogazione di maternita* (en línea), disponible en http://www.articolo29.it/2013/gli-avvocati-generali-della-corte-di-giustizia-dellunione-europea-e-la-surrogazione/, completa el supuesto de hecho indicando que, en este caso, falta todo tipo de ligazón genético o biológico entre los dos varones, que han recurrido a un contrato de maternidad subrogada en Rusia, y el menor. Según el juez de menores, tal situación estaría en conflicto con el orden público en cuanto que constituye un intento por parte de los varones casados de burlar la regulación sobre la adopción.

[7] El Abogado General del TJCE, N. Wahl, cita en sus conclusiones presentadas el 23 de septiembre de 2013 sobre el asunto C-363/12, el trabajo de Brugger, K. (2012), «International law in the gestational surrogacy debate», en *Fordham International Law Journal*, núm. 3(35), págs. 665 a 697, en el cual hay referencias a la gestación por sustitución «utilizando, entre otras, las expresiones de «comercio mundial de úteros» e «industria» de la maternidad subrogada».

[8] N. Wahl indica que «la aplicación estricta de las normas sobre conflicto de leyes y, en particular, las consideraciones relativas al orden público para adoptar decisiones sobre la situación de los padres comitentes y de los niños nacidos al amparo de acuerdos de maternidad subrogada, puede conducir a un lamentable «limbo legal», en el que cabe que los niños se vean privados de padres y de estatus legal» (pág. 6).

[9] El TS hace una consideración que tiene carácter general, más allá del caso concreto del debate sobre la admisión de la gestación por sustitución: «Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser precedentes, debe realizar el Parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo». Es obvio que lo anterior puede predicarse de la discusión jurídica y judicial, de plena actualidad en nuestro país, acerca de la admisión de la dación en pago en el procedimiento de ejecución hipotecaria, que supondría la extinción de la deuda garantizada por el solo hecho de la adjudicación del inmueble propiedad del deudor en subasta, fuera cual fuera el importe obtenido por su venta.

[10] Cfr. De Torre Perea, J. M. (2014), «Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor», en *Diario La Ley*, núm. 8281, 28 de marzo de 2014, págs. 5-6. Se manifiesta dicho autor en contra del cambio producido en la sentencia con respecto a la jurisprudencia anterior que aplica la

cláusula general de interés del menor, ya que opina que si lo es, el TS no puede afirmar que esta no puede contrariar lo previsto por una norma de Derecho positivo.

[11] Antonio J. Vela Sánchez (2014), «Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014», en *Diario La Ley*, núm. 8279, 26 de marzo de 2014, se muestra claramente partidario de admitir y regular el fenómeno de la gestación por sustitución en nuestro Derecho; pero eso no le impide reconocer —pág. 9— que «este argumento del interés superior del menor, aun siendo fundado (…) y convincente —se trata, básicamente de no privar al menor de identidad y de núcleo familiar—, sin embargo, no es decisivo si debe confrontarse con el cumplimiento de una ley imperativa o prohibitiva», como es el artículo 10 LTRHA. Añade que, «en definitiva, no debe olvidarse que el interés superior del menor no puede utilizarse ilimitadamente, pues, por ejemplo, el juzgador no podría evitar el divorcio de los padres o el encarcelamiento del progenitor único por perjudicar gravemente dicho interés».

[12] Como muy bien apunta M. J. Parrón Cambero —cit., pág. 2—, «esta solución, la adopción, que fue probablemente evitada por las partes por ser un procedimiento largo y con más requisitos que la técnica a la que acudieron, será finalmente a la que tengan que acudir para legalizar la situación». En ese mismo sentido, Barber Cárcamo —cit., pág. 43— considera que la dilación de los trámites no implicando peligro alguno para el menor, que seguiría integrado en todo momento en su núcleo familiar, tendría un efecto disuasorio para las prácticas turístico-reproductivas y demostraría el respeto del ordenamiento por sus propios principios. La filiación biológica quedaría dentro de los límites que le son propios, diferenciada de las formas de protección de menores, y ligada al derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos».

[13] De Torres Perea —cit., pág. 8—, recalca que «si no media donación de material genético, no podrá constituirse en España una relación paterno-filial entre comitentes y menor. Sin duda, desde la perspectiva del interés superior del menor contemplamos, una vez más, cómo, si bien todos los operadores jurídicos tienen por premisa su protección, en la práctica al final el niño se convierte en una víctima del sistema, una víctima inocente». Víctima, añadimos nosotros, de unas técnicas reproductivas donde el último que se tiene en cuenta es al niño que va a nacer; lo prioritario es satisfacer un deseo de ser padre o madre a toda costa, incluso por encima de la dignidad de la mujer gestante que renuncie al hijo que da a luz y del derecho de este a conocer su identidad biológica.

[14] La Audiencia Provincial de Barcelona, en su Auto de 3 de noviembre de 2011 *(JUR* 2012/33503), señala que la kafala «nunca podrá ser reconocida en España como adopción, sino que desarrolla una función similar a la que despliega, en Derecho español, el acogimiento familiar, que produce la plena participación del menor en la vida familiar e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, bien con carácter transitorio —acogimiento familiar simple—, bien con carácter permanente —acogimiento familiar permanente, pero que ni crea vínculos nuevos de filiación, ni rompe los anteriores, ni priva de patria potestad a los padres». En el mismo sentido se ha pronunciado la citada Audiencia en sus autos de 12 de abril de 2011 *(JUR* 2011/321814), y 26 de julio de 2011 *(JUR* 2011/405248). Con anterioridad, la propia DGRN, en su Resolución de 21 de marzo de 2006 *(JUR* 2007/111879), denegó la inscripción de una kafala como adopción utilizando similares términos: no está sujeto a la patria potestad de un español el menor entregado por una autoridad extranjera a la educación y custodia de un matrimonio; la «adopción» constituida ante funcionarios o autoridades marroquíes no es inscribible en el Registro Civil español, por no corresponderse sus efectos con los de la adopción española; y sí cabe, sin embargo, la anotación con simple valor informativo.

[15] *AS* 2013/845. En el mismo sentido, se pronuncian las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de octubre de 2012 *(AS* 2012/2503), y de 13 de marzo de 2013 *(JUR* 2013/291496), habiéndose producido en ambos supuestos de hecho una gestación por sustitución a favor de un matrimonio de dos varones.

[16] La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 20 de septiembre de 2012 —a la que copia casi de forma literal la ya citada del mismo órgano de Cataluña—

añade que el artículo 10 de la Ley 14/2006 no es aplicable al caso, otro más de solicitud de baja por maternidad denegada por el INSS.

[17] Dicho fallo judicial ha declarado que en las normas de los Estados miembros que no reconozcan el permiso de maternidad a las madres «subrogadas» —o sea, a la que no ha estado embarazada ni ha dado a luz al niño cuya patria potestad ostenta, ya que el menor es fruto de una gestación por sustitución encargada por una pareja inglesa heterosexual— no se produce ningún tipo de discriminación, ni los Estados miembros están obligados a conceder dicho permiso en virtud del artículo 8 de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada. Como en el caso de la custodia compartida, la interpretación extensiva realizada por los Tribunales del artículo 133 de la LGSS va más allá de lo que la norma establece, y es incoherente con la «prohibición» de la gestación por sustitución del artículo 10 LTRHA. En mi opinión, mientras la maternidad de alquiler siga estando «prohibida» en España, los Tribunales deberían rechazar las solicitudes de concesión del permiso de maternidad, aunque vengan amparadas por el principio general de interés del menor. En este sentido, puede traerse a colación las conclusiones del Abogado General del TJCE, N. Wahl, ya citadas: aunque manifiesta una simpatía con las dificultades planteadas a los «padres» gracias a la maternidad subrogada por la falta de reconocimiento de la misma en bastantes países europeos, admite que «no corresponde al Tribunal de Justicia sustituir al legislador realizando una interpretación constructiva que supondría apreciar en las Directivas» aplicables al caso «consideraciones que simplemente estas no recogen. Ello equivaldría, en mi opinión, a invadir la competencia legislativa»; me parece que exactamente lo mismo se puede decir de las sentencias de los Tribunales españoles que sí han concedido el permiso de maternidad a pesar del tenor literal del artículo 133 bis LGSS. Y se añade que «si se estima que es socialmente deseable ampliar el ámbito de protección del permiso de maternidad o adopción (o incluso crear una forma distinta de permiso por maternidad subrogada), incumbirá a los estados miembros y/o al legislador de la UE promulgar las medidas legislativas necesarias para alcanzar ese objetivo».

[18] De igual modo que no tiene sentido permitir el recurso a la reproducción asistida a una pareja de varones, ya que las técnicas nunca tendrían la finalidad terapéutica prevista desde la primera normativa reguladora de 1988 —no hay infertilidad en cuanto enfermedad, sino imposibilidad biológica de mantener relaciones sexuales abiertas a la generación de una nueva vida—, es absurdo que un varón pretenda obtener un permiso de maternidad si no es madre en ninguno de las posibles acepciones del término. Evidentemente, siempre podrá alegarse que ya no se habla de padre o madre, sino de progenitores; pero se hace contrariando la biología humana.

[19] Comenta M. J. Parrón Cambero —cit., pág. 4— que, de acuerdo con la citada Instrucción, no se hubiera permitido la inscripción que originó el procedimiento judicial resuelto por el TS, ya que a partir de ella no se permiten las inscripciones solo en base a certificaciones registrales extranjeras, sino que debe hacerse mediante el reconocimiento de una resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional extranjero competente que atribuya a los solicitantes la filiación sobre los menores nacidos mediante gestación por sustitución, haciendo constar que no se ha producido una vulneración del interés superior del nacido, y recogiendo el libre consentimiento y la renuncia expresa de la madre gestante: «se garantiza así que haya constancia de que otro órgano judicial, extranjero, haya visado la regularidad legal del contrato tratando de evitar situaciones de comercio ilegal, como las planteadas por la sentencia del TS».

[20] De hecho, De Torres Perea —cit., pág. 9— comenta que «si bien la sentencia no declara nula la Instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2010, recoge un concepto de orden público que puede considerarse incompatible con dicha Instrucción, por lo que *de facto* parece que su eficacia quedaría afectada por la sentencia». Habrá que ver qué ocurre con esta resolución si el matrimonio solicitante recurre judicialmente la denegación de la inscripción, ya que en último extremo el TS, cuando le llegue este caso, ¿decidirá del mismo modo que lo ha hecho en su sentencia de 6 de febrero de 2014?

[21] De Torres Perea —cit., pág. 10— afirma que «la STS, de 6 de febrero de 2014, es clara y contundente al recoger un concepto de orden público internacional español que

considera a la gestación por sustitución contraria al mismo». Por el contrario, VELA SÁNCHEZ —cit., pág. 7—, entiende que «este convenio de gestación por encargo no es contrario a la dignidad de la mujer gestante ni a la del hijo nacido, por lo que no sería contrario a nuestro orden público».

[22] El TS rechaza de modo implícito la opinión de parte de la doctrina y de la DGRN expuesta en su Resolución de 18 de febrero de 2009, que, partiendo del hecho de que la Ley 13/2005 permite el matrimonio y la adopción a parejas del mismo sexo, afirma que «en Derecho español se permite que la filiación de un hijo conste a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo, por esta razón, no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el artículo 14 CE», por lo que el artículo 10 de la Ley 14/2006 no podría considerarse incluido dentro del contenido del orden público. Probablemente, el argumento transcrito sea la pieza clave de un posible recurso de amparo que los solicitantes de la inscripción denegada planteen ante el Tribunal Constitucional.

[23] BARBER CÁRCAMO —cit., pág. 22— también alude a los artículos 97 y 98 de la nueva Ley del Registro Civil, para señalar que «la exigencia de controlar tanto el documento público extranjero como la certificación registral que acredite la filiación del hijo nacido a través de gestación por sustitución conforme a la ley española cuando tal es la nacionalidad del hijo, resulta indudable, y por ende la negativa al reconocimiento de sus efectos en tanto siga vigente el actual artículo 10 LTRHA».

[24] M. BALBONI —cit., pág. 11— comenta que en los países en los cuales la maternidad subrogada está prohibida, pero sin determinar las consecuencias de la vulneración de tal prohibición, como ocurre en España e Italia, la posición del Estado no parece particularmente robusta, ya que se debe considerar sobre todo que la legislación de dichos países generalmente prohíben la maternidad subrogada en el país de origen, pero no en el extranjero; y en ese sentido, y teniendo en cuenta la libertad de circulación de las personas en la UE, «una prohibición de este tipo podría entrar en conflicto con la decisión de adherirse a una organización inspirada en el principio de libre circulación y de mutuo reconocimiento de los ordenamientos jurídicos».

[25] El voto particular formulado contra la STS comentada señala que «la tendencia en el Derecho Comparado camina hacia la regularización y la flexibilización de estos supuestos», como pone de manifiesto «el Informe preliminar a la Conferencia de Derecho Internacional de La Haya de 10 de marzo de 2012, sobre los problemas derivados de la gestación por sustitución, en el que, lejos de rechazarlo, trata de uniformar los acuerdos internacionales y de procurar una regulación internacional que dé respuesta a una realidad social evidente, propiciada por el aumento de los casos».

[26] En un trabajo anterior —CORRAL GARCÍA, E. (2013), «El lenguaje bioético en la normativa y jurisprudencia sobre problemas biojurídicos», en *Cuadernos de Bioética*, vol. XXIV, 2013/2.º, pág. 250—, se planteaba dónde queda protegido el interés del menor respecto a su derecho a conocer los orígenes biológicos. Ese derecho, que sigue estando vedado por la legislación vigente sobre reproducción asistida —no así por la normativa sobre adopción—, debería llevar a la persona reproducida artificialmente, cuando llegue a la mayoría de edad, a conocer a la identidad de su madre, aunque sea una mujer que prestó su útero para que allí se alojara el embrión producido a partir de material genético de terceros; pero parece que al legislador y a las clínicas que llevan a cabo las técnicas de reproducción asistida no les importa demasiado que pueda haber diversos hijos de una misma madre en distintas partes del mundo, y que ellos lo desconozcan.

El necesario consentimiento de la mujer casada en las técnicas de reproducción asistida como título de atribución de la maternidad y la importancia del interés del menor*

The married woman's consent required for assisted reproductive techniques, title attributing motherhood and the importance of the child's interests

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular
Derecho Civil. UCM

RESUMEN: El consentimiento voluntario para la realización de las técnicas de reproducción asistida y la voluntad de concebir un hijo por parte de la mujer casada con la madre biológica posibilita el ejercicio de la acción de reclamación de filiación por posesión de estado y sirve como título de atribución de la maternidad. Posesión de estado que surge del matrimonio y en donde debe primar el interés de los hijos y la estabilidad familiar.

ABSTRACT: The voluntary consent to the carrying out of assisted reproduction techniques and wish to conceive a child on the part of the married woman with the biological mother, makes the exercise of claiming for affiliation of state possession and acts as title of attribution of motherhood. Ownership status arises from the marriage and must prioritize the interests of the children and the stability of the family.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio homosexual femenino. Atribución de la maternidad.

KEY WORDS: Female sex marriage. Attribution of motherhood.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. FILIACIÓN POR POSESIÓN DE ESTADO.—III. EL INTERÉS DEL MENOR, LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LAS FAMILIAS HOMOPARENTALES FEMENINAS: A) Introducción: El interés del menor. B) Interés del menor y anonimato del donante de gametos y matrimonios homoparentales femeninos. C) Derecho a la identidad, conocimiento genético y filiación. D) La información sobre el donante en las TRA y en la adopción en relación con las parejas homosexuales femeninas en Derecho Común. E) La forma del consentimiento y las TRA en relación con las parejas homosexuales femeninas en Cataluña y en Derecho Común. F) Las *relacio-*

* Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación, DER 2011-22469/JURI, subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad, titulado «Negocios jurídicos de familia: la autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema», dirigido por la profesora doctora doña Cristina de Amunátegui Rodríguez, y en el marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyos equipos de investigación formo parte.

NES PERSONALES ENTRE UN MENOR Y LA ANTIGUA COMPAÑERA DE SU MADRE BIOLÓGICA. EL INTERÉS DEL MENOR.—IV. REGISTRO CIVIL.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TEDH, TC, TS, AP) CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La Sala Primera del TS se ha pronunciado sobre un tema importante que nos trae a colación los cambios habidos en la consideración actual de la familia no solo por la modificación posibilitada por la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo (el caso que resuelve concretamente se refiere a dos mujeres)[1], sino también por las modificaciones introducidas gracias a las técnicas reproductivas. Como siempre el tema va a analizarse desde el punto de vista fundamentalmente jurisprudencial por estar encuadrado este pequeño estudio dentro de dicha sección.

Algunas de estas novedades introducidas por los cambios del modelo familiar ya habían sido tenidas en cuenta por la propia Sala Primera, como puede verse en la sentencia de 12 de mayo de 2011, la cual afirma que «el sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyan un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales»[2].

Evidentemente la polémica de la determinación de la filiación del hijo tenido por una mujer casada con otra mujer, tras someterse aquella a técnicas de reproducción asistida (de ahora en adelante TRA) surge de que la maternidad por naturaleza solo puede ser una, y corresponde a la mujer que ha dado a luz[3].

Anteriormente a la actual Ley de reproducción asistida, la DGRN determinaba que la relación jurídica de filiación respecto de su cónyuge sería posible y debería establecerse únicamente por adopción (ejemplo de esta línea lo son las RRDGRN de 30 de septiembre de 2004[4] y 5 de junio de 2006[5]).

La evolución legal se plasmó en el artículo 7.3 LTRHA[6], que determinó una filiación jurídica, de carácter legal, ya que posibilitó la filiación en los supuestos de matrimonio de dos personas del sexo femenino, y sobre todo su acceso al Registro Civil. Cambio que se recogió en las RRDGRN de 17 de abril de 2008[7], 17 de mayo de 2008[8] y de 22 de mayo de 2008[9].

La DGRN señaló que «esta determinación de la filiación a favor de otra mujer no altera el principio de unidad de la maternidad que consagra el ordenamiento, ya esté determinada por naturaleza —por el hecho del nacimiento— o por adopción» (RDGRN de 14 de octubre de 2008)[10].

La novedad de esta disposición es que en realidad el artículo 7 LTRA, *crea un nuevo título de determinación de la maternidad que no está contemplado por el Código*. Ya que no es posible hablar de determinación de la filiación por naturaleza del cónyuge de quien se somete a técnicas de reproducción asistida, como ocurre en el supuesto en el que el marido consiente en que su mujer se someta a estas técnicas, sino que estamos ante la determinación de la filiación por naturaleza de la mujer casada con otra mujer, que es la gestante. El marido podría ser el padre por naturaleza del hijo de su mujer, pero obviamente no se tienen dos madres por naturaleza.

Otra cuestión, como vamos a ver en la jurisprudencia que citamos, es que este precepto no es aplicable a supuestos producidos antes de la entrada en vigor de la Ley, ya que la misma ley no había establecido la retroactividad.

Aunque la DGRN en la Resolución de 14 de octubre de 2008 citada, había sostenido que si el nacimiento del hijo de una de las cónyuges, mediante técnicas de reproducción asistida, se ha producido antes de esa fecha, estando ya casada con la mujer que solicita ahora que conste su maternidad sobre el nacido, «debe accederse a la solicitud porque así resulta de la aplicación analógica de la Disposición Transitoria primera del Código Civil en su redacción originaria, ya que siendo así que el derecho al reconocimiento de la filiación materna de la casada con la madre gestante se introduce *ex novo* en nuestro Ordenamiento Jurídico, con norma de rango legal, por la Ley 3/2007, por referencia a la situación legislativa inmediatamente anterior».

Por otro lado, como vamos a ver, la existencia del *consentimiento* de la madre no gestante (y de la gestante) y su plasmación documental, es un requisito muy importante a la hora de determinar la filiación en estos casos (RDGRN de 26 de noviembre de 2008)[11].

No obstante, volviendo a la STS objeto de comentario, de 5 de diciembre de 2013, la cuestión que se resuelve es más complicada, pues se reconoce la maternidad de la exesposa de la madre biológica de las niñas. Es importante saber que ambas mujeres contrajeron matrimonio en agosto de 2007, aunque previamente habían firmado *en marzo un consentimiento informado para la fecundación in vitro* naciendo en diciembre las menores Carolina y Ana, pero que solo fueron inscritas con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre, Sandra, en el mismo orden que esta los ostenta.

Posteriormente, el supuesto de hecho se complica, pues Sandra inicia ante el Registro Civil expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales de las menores practicadas, para concretar que el estado civil de la madre biológica no es de soltera, sino de casada, y se identifique a su cónyuge a los efectos de la patria potestad y designación de apellidos de las dos menores.

En junio de 2009, se produce el divorcio. Herminia reclama la filiación de las niñas por posesión de estado que fue estimada en la 1.ª Instancia, pero que recurrida en apelación fue desestimado el recurso. De manera que la cuestión se solventa por el TS, quien declara no haber lugar al recurso de casación formulado por la demandada, madre biológica de las niñas, reconociendo a Herminia su maternidad por posesión de estado que surge del matrimonio y en donde debe primar el interés de los hijos y de la estabilidad familiar.

II. FILIACIÓN POR POSESIÓN DE ESTADO

La posesión de estado es la relación fáctica que se establece entre dos personas en concepto de padre o madre e hijo. Concepto que ha experimentado un cambio por la evolución de la familia y del Derecho de Familia, y que afecta a nuestro supuesto por el hecho de la existencia de dos madres, una gestante gracias a las TRA y otra no gestante pero casada con la anterior.

Tradicionalmente se ha considerado que para que esta relación de hecho exista deben darse tres circunstancias:

1.º que el hijo lleve el apellido del progenitor (*nomen*),

2.º que el trato entre ambas personas sea el correspondiente a la relación paterno-filial (*tractatus*) y
3.º que esta relación sea pública, esto es, conocida en el círculo social donde se mueven padre o madre e hijo (*fama*).

El TS ha analizado la posesión de estado últimamente, concretamente en la sentencia de 25 de junio de 2004, y como criterios globales afirma que la posesión de estado puede formarse por actos directos del propio padre o de su familia, que puede venir manifestada por actos reiterados de forma ininterrumpida, continuada y pública, aunque no se requiere necesariamente que estos actos que la expresan sean practicados con plena publicidad, ni que sean muy numerosos. También concurre constante posesión de estado si se dio en un pasado próximo, aunque no exista en el momento de ser invocada debido al cese de la convivencia entre los progenitores[12].

La posesión de estado cumple tres funciones en nuestro sistema de filiación:

- condiciona la legitimación activa, y a su vez el plazo de caducidad, para reclamar o impugnar la filiación;
- puede utilizarse en un proceso judicial como prueba de la filiación reclamada (art. 767.3 LEC);
- es título de legitimación subsidiario para actuar en el tráfico jurídico, como hijo o como padre, quien aparentemente son hijo y padre (art. 113 CC).

En nuestro caso evidentemente se utiliza como *prueba de la filiación* reclamada. La cuestión se centra en el error existente en el Registro Civil que pudiera hacer pensar que la posesión de estado de Herminia contradice otra legalmente determinada, la de Sandra únicamente al llevar las niñas los dos apellidos de la madre[13].

La importancia de la doctrina de esta sentencia es que el TS afirma con rotundidad que la *posesión de estado* constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, y *refuerza el consentimiento como título de atribución de la maternidad.*

El TS no entra en los requisitos referidos a la posesión de estado, pues es la Audiencia quien hace un exhaustivo examen al respecto concretando su existencia[14]. El TS va más allá, concreta que es *el consentimiento firmado para la utilización de la fecundación* in vitro *la base del título de atribución de la maternidad de Herminia.*

Previamente es la propia Audiencia la que establece que «la prestación del consentimiento para la práctica de la técnica de reproducción asistida (es) de particular significación porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras mediante consentimiento expreso, hasta el punto de que en casos como este, dicho consentimiento debe ser apreciado, aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige».

Finaliza estableciendo que «la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma (art. 7.3 LTRHA) a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad».

Diferente es el supuesto que se recoge en la SAP de Toledo, Sección 2.ª, de 17 de enero de 2012[15], la cual no reconoce la filiación materna extramatrimonial por posesión de estado a la excompañera de la madre biológica del menor[16].

En esta sentencia se desestima la acción de reclamación por posesión de estado ejercitada por la excompañera de la madre biológica por inaplicación del artículo 7.3 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida, ya que no opera retroactivamente dicha ley, como hemos puesto de manifiesto en el inicio de este estudio. Además el supuesto de hecho del artículo 7.3 es el de un *matrimonio* contraído entre dos mujeres, cuando en el caso objeto de examen se está ante una pareja homosexual femenina sin la estabilidad para la que está pensado el precepto, pues se rompió a los tres años de nacer el niño[17]. Es importante tener en cuenta que el artículo 7.3 atribuye al nacido una filiación matrimonial y en el presente caso la demandante reclama una filiación materna extramatrimonial.

Además se determina la *ausencia de acreditación de la posesión de estado, pues no concurren sus elementos tradicionales de nomen y fama*. Y todo ello porque el segundo nombre del menor, que da cuenta de la relación que en su momento tuvieron las litigantes, no constituye indicio de tal posesión de estado, pues el nombre normalmente usado en sociedad es el primero. Tampoco se aprecia la fama atendiendo al poco tiempo que la pareja gozó de estabilidad desde el nacimiento del menor (tres años)[18].

III. EL INTERÉS DEL MENOR, LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LAS FAMILIAS HOMOPARENTALES FEMENINAS

A) Introducción: El interés del menor

El libre desarrollo de la personalidad y su conexión con la procreación se encuentra consagrado en el artículo 10.1 CE, entendido como principio constitucional centrado en la autonomía de la persona para elegir, libre y responsablemente, la concepción y el nacimiento de un hijo (decisión personalísima del sujeto)[19].

Evidentemente el *interés del menor* debe ser la cuestión primordial en todas las controversias que aparecen en torno a las técnicas de reproducción asistida.

El interés del menor, cuya base es su *bienestar,* se complica en estos supuestos donde existen relaciones personales, relaciones sentimentales, y además aparecen las nuevas tecnologías a las que se *acude voluntariamente con la intención y el propósito firme de procreación*, hecho que a su vez origina las relaciones paterno-filiales.

En toda esta situación resulta interesante detenerse en el interés del menor como cuestión previa para con posterioridad profundizar en la incidencia que puede tener en materia de filiación como ocurre en el caso específico que estamos analizando. Y derivamos hacia el estudio del tema del interés del menor y las circunstancias que surgen en estos casos por que en la sentencia objeto de comentario, el ponente, Seijas Quintana argumenta y finaliza su exposición haciendo referencia a una cuestión muy importante como es el del *interés real de las niñas cuya filiación por posesión de estado de una de las madres se solicita,* en conexión directa con el interés de «la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas que preserve las vinculaciones conseguidas entre todas, y la discrepancia entre las litigantes debe reconducirse a su ámbito natural y jurídico, que no es otro que el de la ruptura de las relaciones personales, mediante el divorcio, que ya instaron».

Asimismo reconoce la evolución legal y judicial que se ha producido en los últimos años en el Derecho de Familia en beneficio siempre del interés del menor. Textualmente señala que «carece de sentido y fundamento, cuando no está en

juego el interés siempre preferente de las menores, es el empecinado esfuerzo de la madre biológica en impedir que progrese, se consolide y tenga efectos una situación como la enjuiciada en la que se está avanzando legal y jurídicamente en beneficio e interés de estas parejas…».

B) Interés del menor y anonimato del donante de gametos y matrimonios homoparentales femeninos

Una de las cuestiones más interesante en relación con el interés del menor se centra en la garantía del anonimato del donante (recogido en el art. 5.5 de la LTRHA), que choca frontalmente con el derecho del nacido a conocer sus orígenes.

La situación es diferente en los países de nuestro entorno, pues en Suecia, Austria, Alemania, Holanda, Noruega, Reino Unido, Nueva Zelanda…, son partidarios de utilizar registros obligatorios de donante de esperma a los que tiene acceso el concebido a partir de los dieciocho años. En algunos estados de USA, se deja a voluntad del potencial donante la posibilidad de ser incluso contactado por la descendencia[20].

¿Por qué ponemos énfasis en esta cuestión que parece estar fuera de contexto en este comentario? Por el hecho de que en una pareja heterosexual el recurso a estas técnicas puede pasar inadvertido incluso para el menor que puede no conocer sus orígenes reales. Pero en un matrimonio homosexual femenino la necesidad de un procreador masculino es evidente y esta cuestión no va a pasar inadvertida para el hijo, a quien sí le puede afectar el desconocimiento de sus orígenes por el anonimato del donante.

La cuestión a analizar se centra en si en este caso concreto el desconocimiento de sus orígenes afecta a su bienestar; o si se va más allá, si se le produce un daño al menor por no conocer su identidad.

Démonos cuenta que si en este caso no se acude a estas técnicas la persona no existiría. Y esto nos conecta con la *intención* de ambas madres, y su voluntad firme de acudir a este tipo de centros para la consecución de un *resultado concreto* que genera unas relaciones paterno-filiales desde el mismo momento de la fecundación para la persona que ha quedado fertilizada…[21] Pues bien, los hijos concebidos por mujeres solas nacerán, *por ley,* huérfanos de padre, ya que no podrán conocer la identidad de sus padres biológicos.

La STC número 116/1999, de 17 de junio, se ha pronunciado a favor del referido principio del anonimato del donante, declarando que «la Constitución ordena al legislador que "posibilite" la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso, y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor»[22].

C) Derecho a la identidad, conocimiento genético y filiación

El *derecho a la identidad* no tiene por qué estar unido a la posibilidad de un vínculo con el progenitor. No olvidemos que dicho derecho está reconocido desde 1950 por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre (CEDH)[23]. Y según el Convenio Internacional relativo a los Derechos del Niño, de 20 de noviembre

de 1989, desde el momento de su nacimiento, tiene derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres[24].

En base a ello el derecho a conocer los orígenes por el nacido se ha consolidado en los países de nuestro entorno sociocultural, primero en los supuestos de adopción y posteriormente en los supuestos del recurso a las TRA (en estos supuestos se posibilita en Suecia, Austria, Suiza, Noruega, Holanda, Reino Unido, Finlandia…).

Como señalamos anteriormente, el conocimiento genético no tiene porqué afectar a la filiación. Lo que sí es cierto es que el conocimiento genético y la identidad de los padres forma parte de la *identidad personal,* y así lo ha indicado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos expresamente en su STEDH, Sección 4.ª, de 6 de julio de 2010, Backlund v. Finlandia[25].

En otro orden de ideas, la profesora Farnos se pregunta si existiendo ya un control sobre la información del donante de gametos por el Estado, si este puede impedir el acceso a la identidad o si debería ponerse al alcance de los interesados el ejercicio de la opción a conocer sus orígenes[26].

Evidentemente el caso de parejas o matrimonios homosexuales femeninos pueden utilizar la utilización de estas técnicas o la reproducción sexual con un tercero. En este caso, obviamente se conoce el progenitor, aunque puede haber o no ocultación al mismo (ocultación de paternidad biológica).

Evidentemente en ambos casos se acude a estos recursos con la *voluntad de procrear* pero en el segundo caso —reproducción sexual— la intención reside en la madre y su pareja aunque no en el padre o productor de gametos. En ambos supuestos la concepción resulta de un acto planificado.

La profesora Farnos[27] hace referencia a las nuevas corrientes que analizan *el peso de las emociones en momentos concretos de actuaciones jurídicas* y que proponen otorgar relevancia a los cambios de opinión de las partes en relación con lo que acordaron inicialmente. Las decisiones *ex ante* pueden variar sobre todo en el ámbito de la familia y en el ámbito de las decisiones procreativas. Lo que ocasiona consecuencias jurídicas dispares.

La STEDH, de 7 de julio de 1989, Caso Gaskin v. Reino Unido (la Ley 2212/1989)[28]. Fue el primer caso en que la Gran Sala reconoció este derecho a conocer sus orígenes, al considerar que la prohibición de las autoridades británicas que asumieron la guarda de un menor de acceder a su expediente podía violar la vida privada reconocida por el artículo 8 CEDH, en tanto que contenía información sobre aspectos personales de su infancia que constituían la principal fuente de información sobre su pasado y sus años de formación. Según el criterio de la Comisión, «el respeto de la vida privada exige que cada uno pueda establecer los detalles de su identidad de ser humano y que, en principio, las autoridades no le impiden procurarse estos datos fundamentales, salvo justificación precisa». Los datos recogidos y conservados por la autoridad local afectaban a la identidad fundamental del recurrente y suministraban la única traza coherente de su primera infancia y de sus años de formación. Por consiguiente la negativa a dejarle consultar el expediente entrañaría un atentado a su derecho al respeto de vida privada, que debe examinarse a la luz del apartado 2 del artículo 8.

El origen biológico de la persona es una cuestión personal y familiar, cuyo conocimiento ha de ser garantizado por los poderes públicos. Así lo ha indicado la jurisprudencia del TEDH[29].

En las sentencias expuestas el TEDH reconoce, siguiendo al artículo 8 del Convenio, la protección del derecho a la identidad y al desarrollo personal, pues dicho derecho establece los detalles de la identidad de la persona como ser humano y

el interés vital en obtener informaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad sobre su identidad. No olvidemos que el Convenio Internacional contiene la obligación positiva impuesta a los Estados de posibilitar el conocimiento de los orígenes biológicos de la persona.

D) La información sobre el donante en las TRA y en la adopción en relación con las parejas homosexuales femeninas en Derecho Común

Pero volviendo a nuestro país, la LTRHA, en su artículo 5.5 determina que la información del nacido sobre el donante es *excepcional*, y además, el artículo 7.2 establece que en la inscripción de nacimiento no se reflejarán datos de los que se pueda inferir el carácter de la donación.

Serán las madres (en nuestro caso) y de su voluntad que los nacidos sepan sus orígenes, ya que si hubiera registros obligatorios, que no se han creado pese a la regulación establecida en el artículo 21 de la LTRHA, se podría acudir a ellos[30].

El criterio a seguir es totalmente diferente en los supuestos de adopción, pues el artículo 180.5 del Código Civil, tras su introducción por la ley de 2007 sí posibilita el conocimiento de sus orígenes. Evidentemente esto hace de peor condición a los nacidos mediante las TRA. Como dice la profesora Farnós[31], no hay base constitucional para admitir la distinción, no se justifica tal diferenciación que incluso va en contra del criterio marcado por la jurisprudencia del TEDH, ni se ajusta a los ordenamientos de nuestro entorno sociocultural.

La diferenciación de tratamiento jurídico entre adopción y técnicas reproductivas estriba en que en España *se vincula jurídicamente el conocimiento de la identidad del progenitor y el vínculo de la filiación legal.*

Pero la cuestión resulta más paradójica en el caso de parejas homosexuales femeninas que utilizan las TRA por la necesidad de procreación, como un medio, no como un fin, pues desde luego su voluntad última es establecer una filiación con el donante masculino.

Ni siquiera en la reproducción con un tercero pueden pactarse acuerdos privados entre las partes por los que el donante no asumirá responsabilidad sobre el nacido (ni filiación ni económica)[32], aunque también puede pactarse según la voluntad de las partes un derecho de visita[33].

E) La forma del consentimiento y las TRA en relación con las parejas homosexuales femeninas en Cataluña y en Derecho Común

La situación en Cataluña es diferente. En relación con las TRA y siguiendo su regulación específica recogida en el Libro Segundo del Código Civil catalán, relativo a la persona y la familia, en el artículo 235-13 se establece que: «Los hijos nacidos de reproducción asistida de la madre son hijos del hombre o la mujer que la ha consentido expresamente en documento extendido ante un centro de reproducción asistida o en documento público».

La ley catalana, a diferencia del artículo 7.3 LTRHA, no contiene la necesidad de contraer matrimonio, no obstante a fin de evitar problemas ante la inexistencia de matrimonio, sería recomendable que constase por escrito el consentimiento de ambas con la firma de ambas en el centro médico, pues la Ley imperativamente establece la necesidad de documento público donde conste el consentimiento o en un documento del propio centro de reproducción asistida.

Consiguientemente las parejas homosexuales femeninas en Cataluña tienen la ventaja de no necesitar estar casadas ni estar formalizada su relación en un registro de parejas de hecho solo se pone el énfasis en la formalidad del consentimiento a fin de atribuir la maternidad y la filiación.

Este asunto fue objeto de estudio en la sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 27 de septiembre de 2007[34]. La doctrina de esta sentencia resulta interesante porque determina que *la validez del consentimiento prestado por el sujeto en documento privado,* el cual no fue elevado a público, tal y como exige la ley catalana, para la fecundación mediante técnicas de reproducción asistida de la demandada.

Pero insiste la ponente en que «el actor tuvo la voluntad procreacional por haberse constatado que era estéril y haber aceptado la donación de semen de donante anónimo, y haber consentido el uso de la técnica que se implementó a su esposa en el momento en que tuvo lugar la concepción y por tanto debe asumir las consecuencias jurídicas de tal decisión. Lo contrario supone una deslealtad hacia la entonces esposa, *un perjuicio para la menor* y una injustificada mutación del estado civil»[35].

No indica nada en cuanto al conocimiento de los orígenes del progenitor, aunque en la adopción (arts. 235-49 y 50)[36] se determina que los adoptantes deben hacer saber al hijo que lo adoptaron, tan pronto como este tenga suficiente madurez o, como muy tarde, cuando cumpla doce años, a menos que esta información sea contraria al interés superior del menor. Lo cual no afecta, obviamente, a la filiación adoptiva.

En cuanto a la *forma* del consentimiento, no olvidemos que se requiere consentimiento escrito y en documento público, pero es el propio Código catalán el que *equipara* —a los efectos de validez del consentimiento determinativos de la futura filiación— la forma documental pública (realizada ante notario como fedatario público) a la documental privada, pero recogida en el propio centro médico. Siempre en interés del menor, como hemos apreciado en la STSJC que hemos expuesto.

La concreción de la forma en el otorgamiento del consentimiento no es cuestión baladí, aunque ya saliendo del territorio catalán y acercándonos a las Islas Baleares, recogemos la sentencia de la AP de Les Illes Balears, de 5 de diciembre de 2012[37], que estudia la *acción de impugnación de la filiación ejercitada por la madre biológica contra la mujer que fue su pareja, habiéndose determinado la filiación por el consentimiento prestado por la segunda en el seno del expediente de inscripción del nacimiento del hijo alumbrado por la primera*.

La Audiencia resuelve declarando que el consentimiento es ineficaz, ya que en el caso, la demandada no prestó consentimiento formal y previo para que su conviviente se sometiera a técnicas de reproducción humana asistida.

Además, al momento del nacimiento del hijo, las litigantes no se hallaban casadas entre sí y al manifestar la demandada ante el encargado del Registro Civil que consentía se determinase su filiación respecto del niño, el mismo ya había nacido.

Concluye solicitando la rectificación de la inscripción de nacimiento en cuanto a la filiación a favor de la demandada.

F) LAS *RELACIONES PERSONALES* ENTRE UN MENOR Y LA ANTIGUA COMPAÑERA DE SU MADRE BIOLÓGICA. EL INTERÉS DEL MENOR

Cuestión diferente es la analizada en la STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de mayo de 2011[38], en dicha sentencia se establece un régimen de relaciones personales entre un menor y la antigua compañera de su madre biológica, teniendo en consideración la aplicación del principio constitucional de protección del menor. Y ello porque se considera que aquella tiene la categoría jurídica de *allegado* a la que alude el artículo 160 del Código Civil, lo que le da derecho a relacionarse personalmente con el niño. La extensión del derecho del menor de relacionarse con sus allegados es una cuestión que debe ser decidida por el juez, tras estudiar los informes psicológicos y teniendo en cuenta el interés del menor y que la Sala Primera suscribe.

El TS concreta conceptualmente el derecho de visitas que debe aplicarse solamente en las relaciones entre los progenitores y sus hijos. Determinando la ponente Encarnación ROCA que es más adecuado utilizar la expresión *relaciones personales,* al ser la terminología utilizada por el artículo 160.2 del Código Civil, precepto aplicable al supuesto.

La cuestión se centra en que el artículo 160 del Código Civil no concreta la extensión ni la intensidad de los periodos en los que el menor puede relacionarse con sus allegados. De ahí que sea el juez «quien deberá tener en cuenta:

i) la situación personal del menor y de la persona con la desea relacionarse;
ii) las conclusiones a que se haya llegado en los diferentes informes psicológicos que se hayan pedido;
iii) la intensidad de las relaciones anteriores;
iv) la no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de la guarda y custodia y,
v) en general, todas aquellas que sean convenientes para el menor».

V. REGISTRO CIVIL

Salvo en Cataluña, el País Vasco y Navarra, en el resto del territorio es de aplicación el artículo 7.3.º de la LTRHA. De esta manera y para poder inscribir al menor directamente a nombre de las dos madres (sin tener que hacer una adopción) la ley establece la necesidad de matrimonio entre ambas. Recordemos que la prueba documental del mismo es el libro de familia donde conste el matrimonio. Aunque también deberá aportarse la documentación del centro de reproducción asistida donde las dos otorgaron su consentimiento para ejecutar el tratamiento de fertilidad (algunos Registros Civiles piden el documento de reconocimiento previo de filiación).

En cuanto al *consentimiento* respecto a la determinación de la filiación a su favor de la madre no gestante, es suficiente que la manifestación se haga *antes* de que nazca el hijo y no necesariamente ante el encargado del Registro Civil, una vez quede *acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento* para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo.

Con anterioridad a la Ley de 2007, como ya hemos anticipado en este estudio, se denegaban las inscripciones respecto de la cónyuge de la madre biológica que quedaba embarazada por inseminación artificial, ya que en base al principio de veracidad biológica y que determinaba la maternidad por el hecho del parto,

era difícil entender e inscribir que pudiera sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer.

Por eso se solucionaba el problema mediante el recurso a la adopción. La DGRN no admitía la analogía o la interpretación extensiva de la normativa sobre reproducción asistida, que solo contempla la posibilidad de atribuir la filiación no biológica en los casos de reproducción asistida por inseminación heteróloga al varón, casado o no con la mujer usuaria de la técnica reproductora, que consiente la fecundación, y en ningún caso a otra mujer. Esta cuestión puede verse, entre otras Resoluciones en la RDGRN de 11 de enero de 2007[39].

Tras la reforma legal del artículo 7 de la Ley 14/2006, llevada a cabo por la Ley 3/2007, hizo posible que cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, *esta última pudiera manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido*. Declaración que puede formularse con posterioridad al nacimiento del menor. Es lo que ocurre en la RDGRN de 17 de mayo de 2008[40].

V. CONCLUSIONES

I. Al ser la maternidad por naturaleza solo una, que corresponde a la mujer que ha dado a luz, en los matrimonios homosexuales femeninos donde aquella se somete a las técnicas de reproducción asistida, se soluciona la relación jurídica de filiación con la mujer no gestante por determinación legal, siempre que ambas estén casadas (art. 7.3 LTRA).

II. Con la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de diciembre de 2013, se abre además la posibilidad de reconocer la maternidad de la exesposa de la madre biológica de las menores nacidas gracias a estas técnicas. Ambas mujeres estaban casadas cuando nacieron las menores, y ambas firmaron un consentimiento informado para la fecundación *in vitro,* aunque solo fueron inscritas con la filiación materna y los apellidos de la madre gestante.

III. El TS afirma con rotundidad que la posesión de estado constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, que se ve reforzada con el consentimiento firmado por ambas madres, como título de atribución de la maternidad.

IV. El interés del menor y además la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas (aunque las madres están divorciadas ya) sirven de apoyo a la resolución del otorgamiento de la atribución de la maternidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALMAGRO NOSETE, José: «Matrimonio de mujeres y reproducción asistida», en *Diario La Ley,* núm. 7853, Sección Columna, 8 de mayo de 2012, Año XXXIII, Editorial La Ley. La Ley 5012/2012.

AYARZA SANCHO, José Alberto: «La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento», en *Diario La Ley,* núm. 6932, Sección Doctrina, 24 de abril de 2008, Año XXIX, Ref. D-127, Editorial La Ley. La Ley 16037/2008.

COHEN, Glenn: «Las recientes controversias sobre la tecnología reproductiva en Estados Unidos», en *Derecho y tecnologías reproductivas*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2014. *En imprenta*.

De Verda y Beamonte, José Ramón: «Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)», en *Diario La Ley*, núm. 6161, Sección Doctrina, 4 de enero de 2005, Año XXVI, Ref. D-2, Editorial La Ley. La Ley 2708/2004.

Farnos Amorós, Esther: «La regulación de la reproducción asistida: problemas, presupuestos y retos», en *Derecho y tecnologías reproductivas*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2014. *En imprenta*.

Parra Lucán, María Ángeles: «Autonomía de la voluntad y derecho de familia», en *Diario La Ley,* núm. 7675, Sección Tribuna, Año XXXII, Ref. D-304, Editorial La Ley. La Ley 13922/2011.

Zurita Martín, Isabel: «Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres», en *Diario La Ley*, núm. 6427, Sección Doctrina, 22 de febrero de 2006, Año XXVII, Ref. D-48, Editorial La Ley. La Ley 311/2006.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).

- STDH, Sección 4.ª, de 29 de enero de 2013, recurso: 13072/2005. La Ley 925/2013. Caso Román contra Finlandia.
- STEDH, Sección 5.ª, de 22 de marzo de 2012, recurso: 45071/2009. La Ley 27738/2012. Caso Ahrens contra Alemania.
- STEDH, Sección 5.ª, de 16 de junio de 2011, recurso: 19535/2008. La Ley 152881/201. Caso Pascaud contra Francia.
- STEDH, Sección 4.ª, de 6 de julio de 2010. Caso Backlund v. Finlandia. La Sección 4.ª (6-7-2010, TEDH 81).
- STEDH, Sección 3.ª, de 13 de julio de 2006 (*JUR* 210705). Caso Jäggi v. Suiza.
- STEDH, de 13 de febrero de 2003 (*JUR* 210705). Caso Odièvre v. Francia.
- STEDH, Sección 1.ª, de 7 de febrero de 2002 (*JUR* 78019). Caso Mikulic v. Croacia.
- STEDH, de 7 de julio de 1989. La Ley 2212/1989. Caso Gaskin v. Reino Unido.
- STC núm. 116/1999, de 17 de junio. *BOE* núm. 162, de 8 de julio de 1999.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de diciembre de 2013, recurso: 134/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Número de sentencia: 740/2013. Número de recurso: 134/2012. Jurisdicción: Civil. La Ley 190869/2013.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de mayo de 2011, recurso: 1334/2008. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 320/2011. Número de recurso: 1334/2008. Jurisdicción: Civil. La Ley 52207/2011.
- STS de lo Civil, de 25 de junio de 2004, recurso: 4181/1998. Ponente: Alfonso Villagómez Rodil. Número de sentencia: 584/2004. Jurisdicción: Civil. La Ley 13286/2004.
- SAP de Les Illes Balears, Sección 4.ª, de 5 de diciembre de 2012, recurso: 304/2012. Ponente: Miguel Ángel Aguiló Monjó. Número de sentencia: 546/2012. Jurisdicción: Civil. La Ley 201736/2012.
- SAP de Toledo, Sección 2.ª, de 17 de enero de 2012, recurso: 265/2010. Ponente: Alfonso Carrión Matamoros. Número de sentencia: 11/2012. Jurisdicción: Civil. La Ley 17245/2012.
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 27 de septiembre de 2007, recurso: 135/2006. Ponente: María Eugenia Alegret Burgués. Número de sentencia: 28/2007. Jurisdicción: civil. La Ley 210219/2007.

- RDGRN de 26 de noviembre de 2008. La Ley 332045/2008.
- RDGRN de 14 de octubre de 2008. La Ley 330588/2008.
- RDGRN de 22 de mayo de 2008. La Ley 330747/2008.
- RDGRN de 17 de mayo de 2008. La Ley 330883/2008.
- RDGRN de 17 de abril de 2008. La Ley 330380/2008.
- RDGRN de 11 de enero de 2007. La Ley 357013/2007.
- RDGRN de 5 de junio de 2006. La Ley 84038/2006.
- RDGRN de 30 de septiembre de 2004. La Ley 10425/2005.

VIII. LEGISLACIÓN CITADA

- Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre 1950 (CEDH) (art. 8).
- Convenio Internacional relativo a los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.
- Código Civil (art. 131).
- Código Civil catalán (art. 235-49, Derecho a la información sobre el propio origen; art. 235-50, Obligación de informar al hijo adoptado sobre la adopción).
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (arts. 7.3, 8.1 y 8.2).
- Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. La Disposición Adicional primera añade el apartado 3 al artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. «3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido».
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (arts. 3 y 4).

NOTAS

[1] TS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de diciembre de 2013, recurso: 134/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Número de sentencia: 740/2013. Número de recurso: 134/2012. Jurisdicción: Civil. La Ley 190869/2013.

[2] STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de mayo de 2011, recurso: 1334/2008. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 320/2011. Número de recurso: 1334/2008. Jurisdicción: Civil. La Ley 52207/2011. En este supuesto estamos ante una unión no matrimonial y el objeto de la cuestión se centraba en el establecimiento de un régimen de relaciones personales entre un menor y la antigua compañera de su madre biológica.

[3] Como dice Ayarza Sancho, José Alberto («La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento», en *Diario La Ley,* núm. 6932, Sección Doctrina, 24 de abril de 2008, Año XXIX, Ref. D-127, Editorial La Ley. La Ley 16037/2008), «Aunque paradójico, e intrínsecamente antitético, lo cierto es que la autonomía de la voluntad juega un destacado papel en la determinación de la filiación, con quiebra del principio fundamental de prevalencia de la verdad material entendida como verdad biológica».

[4] RDGRN de 30 de septiembre de 2004 (La Ley 10425/2005). Imposibilidad de inscribir como madre, junto a la madre biológica, a la pareja de hecho de esta. La maternidad es única y viene determinada por el hecho del parto, sin que pueda sobrevenir otro recono-

cimiento de maternidad por otra mujer. Este vínculo solo puede obtenerse *por adopción* y está limitado a las *parejas heterosexuales*.

[5] RDGRN de 5 de junio de 2006 (La Ley 84038/2006). Denegación de la inscripción de la filiación materna no matrimonial a la pareja de hecho de la madre biológica que consintió su inseminación artificial. La maternidad es única y viene determinada por el hecho del nacimiento, sin que pueda sobrevenir otro reconocimiento de maternidad por otra mujer. *El vínculo intentado solo puede obtenerse a través de la adopción.* Inaplicación analógica del precepto conforme al cual los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la madre se considerarán hijos del hombre que la ha consentido previamente en documento público.

[6] Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. La Disposición Adicional primera añade el apartado 3 al artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. «3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido».

[7] RDGRN de 17 de abril de 2008 (La Ley 330380/2008). Inscripción de maternidad en la inscripción de nacimiento fuera de plazo de la hija biológica de una de las promotoras, unidas estas en matrimonio. Después de la reforma del artículo 7 de la Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, hecha por la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, puede figurar también como madre del inscrito *la mujer casada con la progenitora, sin que sea necesario acudir a la adopción.*

[8] RDGRN de 17 de mayo de 2008. La Ley 330883/2008. Idéntico sentido que la resolución anterior.

[9] RDGRN de 22 de mayo de 2008 (La Ley 330747/2008). Se otorga el reconocimiento de la filiación materna no matrimonial a favor de la cónyuge del hijo biológico de la otra cónyuge, en base al artículo 7.3.º de la Ley 14/2006, que hace posible que cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido. Que *la declaración haya sido formulada por las interesadas no antes del nacimiento sino con posterioridad al mismo no puede alterar la finalidad pretendida por la norma.*

[10] RDGRN de 14 de octubre de 2008 (La Ley 330588/2008). Reconocimiento de la filiación materna a favor de la cónyuge de la madre biológica. El derecho al reconocimiento de la filiación materna de la casada con la madre gestante se introduce *ex novo* en el ordenamiento jurídico español, con norma de rango legal, por la Ley 3/2007, por referencia a la situación legislativa inmediatamente anterior, ello supone que, aplicando analógicamente la citada Disposición Transitoria, tal derecho «tendrá efecto desde luego», aunque el hecho que lo origine (el nacimiento de la menor) se verificará bajo la legislación anterior.

[11] RDGRN de 26 de noviembre de 2008 (La Ley 332045/2008). Se deniega la *filiación materna no matrimonial, porque no existe escrito indubitado de la madre en que expresamente reconozca la filiación y la promotora no ha llegado a justificar debidamente la posesión de estado de hija no matrimonial de la madre*. La filiación materna deberá obtenerse por la vía judicial ordinaria.

[12] STS de lo Civil, de 25 de junio de 2004, recurso: 4181/1998. Ponente: Alfonso Villagómez Rodil. Número de sentencia: 584/2004. Jurisdicción: Civil. La Ley 13286/2004.

[13] La posesión del estado de filiación que legitima para el ejercicio de la acción del artículo 131 del Código Civil, se determina mediante la prueba que la sentencia ha valorado y que, según reiterada jurisprudencia, constituye una *cuestión de hecho* cuya determinación corresponde al Tribunal de instancia y, por ello, escapa de la casación (STS de 10 de noviembre de 2003).

[14] Recordemos que la AP entendió que había prueba suficiente de la posesión de estado, «de manera ininterrumpida, continuada y pública y por el tiempo suficiente».

1.º La voluntad concorde de las litigantes de que la demandada se sometiera —de nuevo— al procedimiento de reproducción asistida, acudiendo al mismo centro en

el que las dos, en fecha de 16 de marzo de 2007, prestan con su firma el consentimiento para la práctica de dicha técnica.

2.º Que las partes contraen matrimonio el día 3 de agosto de 2007; y el día 14 de diciembre de 2007 nacen las menores: Carolina y Ana.

3.º Es alrededor de junio de 2009 cuando las litigantes rompen su relación definitivamente, yéndose la demandada de la vivienda en la que convivían.

4.º La propia demandada va contra sus propios actos, puesto que «instó por su propia voluntad ante el Registro expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales de las menores con la finalidad de que se rectifique el error relativo al estado civil de la madre biológica que no es de soltera, sino casada, y para que se identifique a su cónyuge a los efectos de la patria potestad y designación de apellidos de las dos menores, es decir, para que se hiciera constar como progenitora a la demandante. Y es la misma progenitora demandada la que interpone recurso ante la DGRN…».

5.º De todas las actuaciones judiciales llevadas a cabo por la señora Herminia, dirigidas siempre a mantener contacto con las niñas, medidas previas instadas en este juzgado en las que se solicitaba como medida provisional la fijación de régimen de visitas para las menores, acción de disolución matrimonial en la que se interesaba por dicha parte que se fijaren visitas para Carolina y Ana, autos de adopción para interesar la adopción de la menores Carolina y Ana.

[15] SAP de Toledo, Sección 2.ª, de 17 de enero de 2012, recurso: 265/2010. Ponente: Alfonso Carrión Matamoros. Número de sentencia: 11/2012. Jurisdicción: Civil. La Ley 17245/2012.

[16] Agustina pretende ser madre extramatrimonial por posesión de estado del menor Erasmo gestado por Emma, también pretende efectuar en el Registro Civil la inscripción de dicha filiación no matrimonial en la inscripción de nacimiento del menor Erasmo, con todos los efectos legales inherentes, haciendo constar como «progenitor A», «madre A» a doña Emma, y como «progenitor B», «madre B», a doña Agustina.

La AP de Toledo desestima la demanda presentada por la expareja de la madre de un menor nacido mediante técnicas de reproducción asistida sobre determinación de la filiación materna extramatrimonial, por inaplicación del artículo 7.3 de la LTRHA.

[17] El FJ 1.º reitera que el supuesto contemplado por dicho artículo es el de un *matrimonio contraído entre dos mujeres al amparo de lo preceptuado en el artículo 44.2 del Código Civil*, pero en el año 2003, cuando nació el niño, la demandante solamente convivía con la demandada, no estaba casada con la misma, sin que el hecho de estar acreditada la relación de pareja entre ambas litigantes suponga, por analogía, que se pueda estimar la acción, pues incluso, de la redacción del citado precepto es claro que el mismo está pensado para situaciones de estabilidad (como se aplica en la citada Resolución de 14 de octubre de 2009 de la DGRN), y en el caso de autos nos encontramos con una pareja homosexual no casada y rota desde el año 2006 con imposición incluso de una orden de alejamiento entre las mismas, dada las circunstancias del caso que en su momento se ponderaron por el Juzgado de Talavera en su auto de fecha de 10 de agosto de 2006.

[18] Los elementos tradicionales de la posesión de estado son: el *nomen, tractatus* y la *fama,* requisitos que a juicio del juzgador no concurren.

Respecto al *nomem*, el segundo nombre del menor (Erasmo) da cuenta de la relación existente en su momento entre ambas litigantes, pero no puede atribuirse al mismo la categoría de indicio de tal posesión de estado, pues *la posesión de estado es el resultado de la consideración social por parte de personas diferentes a ambas litigantes en virtud de la cual una situación de hecho adquiere relieve jurídico,* y en este caso ese segundo nombre normalmente no es usado en sociedad. Esto es, al niño normalmente se le llama por su primer nombre, o sea Erasmo.

En cuanto al *tractatus,* es obvio que queda acreditado en autos que tanto la madre biológica como la demandante se han preocupado del menor con igual dedicación.

En cuanto a la *fama*, debe tenerse en cuenta que la crisis de la pareja surge muy pronto, en el año 2006, cuando el menor tiene apenas tres años. Que dicha crisis es grave, se deduce de las medidas que se tuvieron que adoptar por el juez, imponiendo a las partes una orden de alejamiento y decretando un régimen de visitas para que la demandante pudiera

ver al menor. Es obvio, *por el poco tiempo que la pareja gozó de dicha estabilidad desde el nacimiento del niño, que se entienda no suficientemente acreditada la posesión de estado*.

No se acredita la posesión de estado que la legitime para el ejercicio de la acción del artículo 131 del Código Civil, de forma que si pretendía reclamar la maternidad extramatrimonial, debería recurrir a la acción recogida en el artículo 133.1 del Código Civil, esto es, debería haber presentado un principio de prueba por escrito e impugnado la filiación extramatrimonial que consta en el Registro Civil.

[19] Vid. De Verda y Beamonte, José Ramón, «Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)», en *Diario La Ley*, núm. 6161, Sección Doctrina, de 4 de enero de 2005, Año XXVI, Ref. D-2, Editorial LA LEY. LA LEY 2708/2004.

[20] Vid. Farnos Amorós, «La regulación de la reproducción asistida: problemas, propuestas y retos», en el libro de Cohen, G. y Farnos Amorós, E., *Derecho y tecnologías reproductivas*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2014. *En imprenta*.

Los profesores Cohen y Farnos fueron ponente y contraponente, respectivamente, en una sesión del seminario de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo el pasado 20 de noviembre de 2013, cuyas ponencias se recogen en el libro que recogíamos anteriormente.

[21] Se excede de este trabajo el recurso a otras técnicas de inseminación como las domésticas *(Do it yourself)*. Denominadas así por Cohen, G., «Las recientes controversias sobre la tecnología reproductiva en los Estados Unidos», en el libro Cohen, G. y Farnos Amorós, E., *Derecho y tecnologías reproductivas*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014. *En imprenta*.

[22] STC núm. 116/1999, de 17 de junio. *BOE* núm. 162, de 8 de julio de 1999.

[23] *Artículo 8.1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

[24] *Artículo 7.1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho, desde que nace, a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*.

[25] La STEDH, Sección 4.ª, de 6 de julio de 2010. Caso Backlund v. Finlandia, concluyó que la *identidad de los propios padres forma parte de la identidad personal de cada uno,* razón por la cual consideró desproporcionado fijar un plazo temporal rígido para el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad (6-7-2010, TEDH 81). Citada por Farnos Amorós, E., *Derecho y tecnologías reproductivas*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014. *En imprenta*.

Anteriormente la STEDH, Sección 3.ª, de 13 de julio de 2006 (número de recurso: 58757/2000. La Ley 99203/2006. Caso Jäggi v. Suiza) confirmó el *derecho a la propia identidad, posible gracias al conocimiento de los orígenes, dentro de la noción «vida privada»*, estimándose una acción de reclamación de paternidad ejercitada por el hijo de una madre soltera más allá de los límites temporales que fijaba, muy restrictivamente, la legislación nacional. Primacía, en el caso, del derecho a conocer la ascendencia, frente al derecho a la intangibilidad del cuerpo del difunto y al interés público en la protección de la seguridad jurídica. La familia del difunto no había invocado ningún motivo de orden religioso o filosófico en apoyo de su oposición a la medida litigiosa. El examen de ADN constituye, además, una injerencia relativamente poco intrusiva. Vulneración del artículo 8 del Convenio.

No se seguía esta línea de pensamiento por el TEDH a principios de este siglo, que aunque reconocía el derecho a conocer sus orígenes (en base al art. 8 de la Convención) no se dio el paso necesario para hablar del derecho a la propia identidad:

Así la STEDH, Sala Grand Chamber, de 13 de febrero de 2003 (número de recurso: 42326/1998. La Ley 30951/2003. Caso Odièvre v. Francia). Persona adoptada abandonada al nacer y solicitud de confidencialidad expresa por madre biológica. Petición de información sobre familia biológica. La sentencia *impidió a la recurrente acceder a los datos de su nacimiento, al que había sido aplicada la legislación francesa sobre parto anónimo, pero reconoció la existencia de un derecho a conocer los orígenes*.

[26] En la STDH, Sección 4.ª, de 29 de enero de 2013 (recurso: 13072/2005. La Ley 925/2013. Caso Román contra Finlandia), se analiza la cuestión de la reclamación extemporánea de solicitud de reconocimiento judicial de paternidad por transcurso del plazo de cinco años

impuesto por la Ley de Paternidad. Aunque la existencia de un plazo de prescripción no es en sí misma incompatible con el Convenio, sin embargo la legislación nacional no prevé ningún medio alternativo de reparación cuando el plazo venció. Por tanto los tribunales nacionales no pudieron considerar en absoluto si el interés general en la protección de la seguridad jurídica de las relaciones familiares o el interés del padre y su familia superaban el derecho del demandante a tener la oportunidad de obtener una determinación judicial de la paternidad. Dicha restricción directa del derecho del demandante a interponer un recurso judicial para la determinación de la paternidad no es proporcionada al fin legítimo perseguido. Vulneración del artículo 8 de la Convención.

En la STEDH, Sección 5.ª, de 22 de marzo de 2012 (recurso: 45071/2009. La Ley 27738/2012. Caso Ahrens contra Alemania). La principal razón invocada por el Gobierno para el tratamiento del demandante de forma distinta a la madre, el padre legal y el niño en relación con la *impugnación de la paternidad fue con el objetivo de proteger al niño y su familia de las perturbaciones externas*. La decisión de dar a la relación familiar existente entre el niño y sus padres legales prioridad sobre la relación con su padre biológico entra dentro de los márgenes de apreciación del Estado. El TEDH declara que no ha sido vulnerado el derecho al respeto a la vida privada y familiar garantizado en el artículo 8 en relación con el artículo 14 del Convenio.

En la STEDH, Sección 5.ª, de 16 de junio de 2011 (recurso: 19535/2008. La Ley 152881/2011. Caso Pascaud contra Francia). *Denegación del reconocimiento de la paternidad biológica acreditada por el test de ADN* en atención a las dudas sobre el carácter consciente del consentimiento del padre biológico para practicarlo. La protección de los intereses del presunto padre no puede constituir por sí sola un argumento suficiente para privar al recurrente de los derechos que ostenta respecto del artículo 8 del Convenio. El TEDH declara vulnerado el derecho al respeto a la vida privada y familiar garantizado por dicho precepto.

[27] Farnos Amorós, E., *op cit*., pág. 103.

[28] STEDH, de 7 de julio de 1989. Caso Gaskin v. Reino Unido (La Ley 2212/1989).

[29] STEDH, Sección 4.ª, de 6 de julio de 2010. Caso Backlund v. Finlandia, la STEDH, Sección 3.ª, de 13 de julio de 2006 (número de recurso: 58757/2000. La Ley 99203/2006. Caso Jäggi v. Suiza), la STEDH, Sala Grand Chamber, de 13 de febrero de 2003 (número de recurso: 42326/1998. La Ley 30951/2003. Caso Odièvre v. Francia).

[30] Artículo 21. Registro Nacional de Donantes.

1. El Registro Nacional de Donantes, adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, es aquel registro administrativo en el que se inscribirán los donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, con las garantías precisas de confidencialidad de los datos de aquellos.

2. Este registro, cuyos datos se basarán en los que sean proporcionados por las comunidades autónomas, en lo que se refiere a su ámbito territorial correspondiente, consignará también los hijos nacidos de cada uno de los donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras y la localización original de unos y otros en el momento de la donación y de su utilización.

3. El Gobierno, previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y mediante Real Decreto, regulará la organización y funcionamiento del registro nacional.

[31] Farnos Amorós, E., *op. cit.,* pág. 117.

[32] Las transformaciones sociales en la familia y consiguientemente en el Derecho de Familia hace pensar en la necesidad de revisar conceptos tales como los estados familiares o los negocios jurídicos familiares, donde la autonomía de la voluntad puede jugar un papel importante y donde hay que tener en cuenta la existencia de límites.

Por otro lado, hay que tener presente el aumento de la validez de negocios nacidos en las notarías (acuerdos de separación de hecho, pactos en la convivencia de la pareja, pactos para la regulación de futuras rupturas, pactos para la liquidación de la sociedad conyugal…).

No obstante los límites a la autonomía de la voluntad, a los que he hecho referencia antes, nacen del respeto a los derechos fundamentales. En el caso de la TRA, el título de atribución de la filiación es la voluntad, esto es, el consentimiento. Las distintas resoluciones nacionales e internacionales y su evolución con el paso de los años indican la dificultad en este tema para lograr el equilibrio.

El consentimiento en estos supuestos debe quedar garantizado por la trascendencia de las consecuencias jurídicas que crean. Para ello es necesario que previamente haya una información adecuada y el consentimiento se emita libre y conscientemente y así quede plasmado.

Vid. PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Autonomía de la voluntad y derecho de familia», en *Diario La Ley,* núm. 7675, Sección Tribuna, Año XXXII, Ref. D-304, Editorial LA LEY. LA LEY 13922/2011.

[33] En relación con este punto tomamos íntegramente las sentencias, muy ilustrativas de FARNOS AMORÓS, «La regulación de la reproducción asistida: problemas, propuestas y retos», en *Derecho y tecnologías reproductivas,* cit., pág. 127 y sigs. (las cursivas son mías para conectar los supuestos con nuestro estudio).

«En J. McD. v. P. L. and B. M., resuelto en 2007, el TS de Irlanda reconoció un derecho de visitas al amigo homosexual de una pareja de lesbianas, que había *firmado con estas un acuerdo* por el que se comprometía a ejercer de donante de esperma y a comportarse como un tío *(favourite uncle)* respecto del nacido, pese a que después del nacimiento la filiación paterna quedó establecida a su favor y la materna a favor de la gestante.

En EE.UU., con la excepción de Ferguson v. McKiernan, la tendencia es la misma: así, en Thomas S. v. Robin Y. (1994), el TS de Nueva York acabó declarando padre legal al donante de esperma, el amigo gay de una pareja de lesbianas, quien pese a existir un *acuerdo oral* por el cual renunciaba a sus derechos parentales, pretendía mayores derechos de visita, por lo que acabó interponiendo una acción de paternidad respecto del menor, cuya filiación materna solo estaba determinada a favor de la gestante.

A la misma conclusión llegó el Tribunal de apelaciones de Nuevo México en Mintz v. Zoernig (2008), en que la madre tuvo un primer hijo tras inseminarse en su casa con esperma de un conocido que *renunció a su paternidad en un acuerdo escrito*. Una vez rota la relación que mantenía con otra mujer, la madre se inseminó nuevamente con esperma del hombre. Este mantuvo el contacto con ambos menores, aunque era la madre la única que tenía la filiación determinada respecto de los dos y el hombre nunca se hizo cargo de ellos. Sin embargo, el tribunal accedió a la pretensión de la madre de que el hombre les pagara una pensión de alimentos, por cuanto era su padre, y consideró que *el acuerdo por que el hombre renunciaba a sus obligaciones parentales era contrario al orden público.*

En el caso, el 27-12-2008 el TS de Pennsylvania *confirmó la validez del acuerdo oral* existente entre las partes, por el que la ex pareja de la madre aceptaba donar esperma en la clínica para que la mujer se sometiera a FIVTE, renunciando a cualquier posible responsabilidad como padre. El TS denegó la pensión de alimentos solicitada por la madre a su ex pareja respecto de los mellizos. Para el TS, atribuir responsabilidad al hombre en este caso actuaría como un desincentivo para muchos posibles donantes».

[34] STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 27 de septiembre de 2007, recurso: 135/2006. Ponente: María Eugenia ALEGRET BURGUÉS. Número de sentencia: 28/2007. Jurisdicción: Civil. La Ley 210219/2007.

[35] Don David y doña Inmaculada contrajeron matrimonio el día 4 de diciembre de 1999, tras comprobar que no podían tener descendencia acudieron a un centro privado donde fruto de las técnicas de inseminación artificial doña Inmaculada quedó embarazada, dando a luz a primeros de julio de 2002 a una niña. Pero don David abandonó el domicilio conyugal en el mes de noviembre de 2001, coincidiendo con la noticia de que doña Inmaculada se hallaba embarazada, *no formalizando su consentimiento en escritura pública.*

A finales del mes de noviembre de 2001, doña Inmaculada presentó demanda de medidas provisionales de separación matrimonial donde don David reconoció haber firmado el documento. En fecha 19 de julio de 2002, don David presenta la presente demanda por la que impugna la paternidad de la menor, interesando que se dicte sentencia en la que se declare nulo el consentimiento prestado para que su esposa pudiese ser tratada con técnicas de reproducción asistida mediante donante anónimo.

[36] Artículo 235-49. Derecho a la información sobre el propio origen.

1. El adoptado tiene derecho a ser informado sobre su origen.

2. El adoptado, a partir del cumplimiento de la mayoría de edad o de la emancipación, puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar la identidad de sus progenitores biológicos, lo cual no afecta a la filiación adoptiva.

3. Las administraciones públicas deben facilitar al adoptado, si las pide, los datos que tengan sobre su filiación biológica. Con esta finalidad, se ha de iniciar un procedimiento confidencial de mediación, previo a la revelación, en el marco del que tanto el adoptado como su padre y su madre biológicos deben ser informados de las respectivas circunstancias familiares y sociales y de la actitud manifestada por la otra parte con relación al posible encuentro.

4. El adoptado puede solicitar, en interés de su salud, los datos biogenéticos de sus progenitores. También pueden hacerlo los adoptantes mientras el adoptado es menor de edad.

5. Los derechos reconocidos en los apartados 2 y 3 deben ejercerse sin menoscabo del deber de reserva de las actuaciones.

Artículo 235-50. Obligación de informar al hijo adoptado sobre la adopción: Los adoptantes deben hacer saber al hijo que lo adoptaron, tan pronto como este tenga suficiente madurez o, como muy tarde, cuando cumpla doce años, a menos que esta información sea contraria al interés superior del menor.

[37] SAP de Les Illes Balears, Sección 4.ª, de 5 de diciembre de 2012, recurso: 304/2012. Ponente: Miguel Ángel AGUILÓ MONJÓ. Número de sentencia: 546/2012. Jurisdicción: Civil. La Ley 201736/2012.

[38] STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de mayo de 2011, recurso: 1334/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 320/2011. Jurisdicción: Civil. La Ley 52207/2011.

[39] RDGRN de 11 de enero de 2007. La Ley 357013/2007.

[40] RDGRN de 17 de mayo de 2008. La Ley 330883/2008. La DGRN estima el recurso planteado y revoca la calificación de la juez encargada del Registro Civil, que denegó el reconocimiento de la filiación materna no matrimonial a favor de la cónyuge del hijo biológico de la otra cónyuge.

1.3. Derechos reales

Definitiva derogación del artículo 1949 del Código Civil: la aplicación de la regulación hipotecaria en la usucapión *contra tabulas*

Final repeal of article 1949 of Civil Code: implementation of mortgage regulation on usucaption contra tabulas

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Profesora Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija

RESUMEN: La reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de enero de 2014, fija doctrina jurisprudencial, considerando definitivamente derogado el artículo 1949 del Código Civil, por el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, en la usucapión *contra tabulas*.

A partir de ahora, ya no queda duda de que para poder consumar y usucapir frente a un titular registral debe cumplirse lo preceptuado por el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, tanto en usucapión ordinaria como extraordinaria, sin necesidad, por tanto, de que el usucapiente tenga, a su vez, su título inscrito en el Registro de la Propiedad, como establece el artículo 1949 del Código Civil.

Se analiza en este trabajo, la evolución histórica del artículo 1949 en relación con la regulación paralela hipotecaria, su fundamento y sentido inicial, para desarrollar, después, la interpretación jurisprudencial que del mismo se ha hecho a lo largo de los años, que culmina con esta sentencia del TS, que despeja las dudas definitivamente en torno a su aplicación actual, así como los argumentos doctrinales que se esgrimen en favor de su derogación.

ABSTRACT: The recent Supreme Court decision of January 21, 2014 fixed jurisprudence definitely considering repealed section 1949 CC, by art. 36 LH in usucaption contra tabulas.

As of now, no longer any doubt that to consummate and usucapir against a registrant must be fulfilled the precepts of art. 36 LH both ordinary and extraordinary usucaption without therefore usucapiente that have, in turn, its title registered in the Land Registry, as required by art. CC 1949. Is analyzed in this paper, the historical development of art. 1949 in relation to the parallel mortgage regulation, its rationale and initial direction to develop, then, the judicial interpretation thereof that has been done over the years, culminating in the judgment of the TS, that definitely clears doubts around its current application.

PALABRAS CLAVE: Usucapión. *Contra tabulas.* Título inscrito. Registro de la Propiedad.

KEY WORDS: Usucaption. Inscribed title. Property registration.

SUMARIO: I. ORIGEN, EVOLUCIÓN Y RELACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1949, 1959 DEL CÓDIGO CIVIL Y 35 Y 36 DE LA LEY HIPOTECARIA: 1. ORIGEN Y ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN SOBRE LA USUCAPIÓN *CONTRA TABULAS*. 2. LAS RELACIONES ENTRE LA PRESCRIPCIÓN Y EL REGISTRO A PARTIR DE LA REFORMA DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1944-46.—II. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 1949 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY HIPOTECARIA: 1. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA HASTA LA ACTUALIDAD. 2. FIJACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN LA STS DE 21 DE ENERO DE 2014.—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. ORIGEN, EVOLUCIÓN Y RELACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1949, 1959 DEL CÓDIGO CIVIL Y 35, 36 DE LA LEY HIPOTECARIA

La derogación del artículo 1949 del Código Civil por la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 enero de 2014, pone fin a una dilatada polémica doctrinal y jurisprudencial en torno a su vigencia e interpretación.

A partir de ahora, y gracias a la fijación de doctrina que ha hecho el Alto Tribunal, ya no quedan resquicios o dudas sobre la posibilidad de su aplicación a la usucapión *contra tabulas*, pues entra en franca contradicción con lo que establece la Ley Hipotecaria en su artículo 36.

El Tribunal Supremo ha declarado que todo lo relativo a la usucapión *contra tabulas* debe regirse por la legislación hipotecaria y, en concreto, aplicarse el artículo 36 del mismo cuerpo legislativo, dando por zanjada la cuestión sobre la pervivencia del artículo 1949 del Código Civil de redacción anterior al actual artículo 36 LH de 1944-46.

De este modo, ya no va a ser necesario para poder usucapir frente a un tercero inscrito el tener el usucapiente su título inscrito en el registro, como se desprende del citado artículo 1949 del Código Civil: «Contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio o derechos reales en perjuicio de tercero, sino en virtud de otro título igualmente inscrito, debiendo empezar a correr el tiempo desde la inscripción del segundo».

Lo que ahora parece claro y cristalino, ha hecho correr mucha tinta y muchas opiniones doctrinales que trataban, algunas, de compaginar ambos preceptos contradictorios (arts. 1949 CC y 36 LH), y otras, afirmaban ya la derogación tácita del 1949 del Código Civil con la entrada en vigor del actual 36 LH.

Para tratar de entender las distintas posturas doctrinales al respecto, consideramos necesario, en primer lugar, abordar el origen histórico del artículo 1949 del Código Civil para poder entender su fundamento y finalidad, pues solo así se podrá concluir si debe entenderse derogado o no.

1. ORIGEN Y ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN SOBRE LA USUCAPIÓN *CONTRA TABULAS*

El examen del artículo 1949 del Código Civil, que nació con la publicación del Código Civil en 1889, no puede separarse de la evolución histórica de la propia regulación hipotecaria sobre la usucapión *contra tabulas*.

La Ley Hipotecaria surge por razones históricas y políticas con anterioridad al Código Civil, desgajado de este, en 1861.

En la LH de 1861 encontramos el artículo 35 en el que ya se regulaba la posibilidad de usucapir contra un titular registral. En dicho artículo, y se ha

mantenido así casi hasta nuestros días, ya se distinguía la posibilidad de prescribir frente a un mero titular registral, que se rige por lo dispuesto en el Código Civil (usucapión *inter partes*), de la posibilidad de usucapir contra un tercer adquirente de buena fe, que desconocía la posesión del usucapiente (usucapión frente a tercero).

Es este segundo caso el que ha generado la polémica doctrinal e interpretativa, y al que nos vamos a referir en exclusiva, pues es la posibilidad de prescribir frente a tercero hipotecario lo que ha suscitado dudas en cuanto a la legislación aplicable a ese supuesto.

De este modo, y según la LH de 1861, y lo dispuesto en su artículo 35, siempre que una persona pretendiera usucapir frente al tercer adquirente inscrito, era necesario que, a su vez, hubiera inscrito su título en el Registro. El artículo 35 LH de 1861 tenía el siguiente tenor: «la prescripción no perjudicará a tercero si, requiriendo justo título, no se hallara este inscrito en el Registro. El término de la prescripción empezará a correr, en tal caso y para dicho efecto, desde la fecha de la inscripción».

En este artículo se contempla la posibilidad de la usucapión ordinaria *contra tabulas*, ya que se refiere al usucapiente con justo título, y para poder consumar dicha usucapión frente a un tercero hipotecario era preciso, como bien recoge el precepto, que tuviera su título inscrito en el Registro.

Si en este artículo se exigía expresamente la inscripción para poder usucapir *contra tabulas* de forma ordinaria, puede deducirse que dicho requisito no se exigía para la extraordinaria al no establecerse nada en el precepto.

En definitiva, en la Ley de 1861 cabe la usucapión *contra tabulas,* tanto ordinaria como extraordinaria, con un régimen distinto para cada una: necesidad de inscribir el título en la primera, y posibilidad de usucapir contra titular sin tener inscrito el título para la segunda (siempre *sensu contrario*).

Con posterioridad, se publica la Ley Hipotecaria de 1869 y se produce un cambio en la redacción del artículo 35 que recogía la usucapión contra el Registro: «la prescripción que no requiera justo título no perjudicara a tercero, si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla. Tampoco perjudicará a tercero la que requiere justo título si este no se halla inscrito en el Registro. El término de la prescripción principiará a correr, en uno y otro caso, desde la fecha de la inscripción».

A partir de este momento el diferente régimen para la usucapión ordinaria y extraordinaria es expreso: para la ordinaria se sigue exigiendo que se tenga inscrito el título, y sin embargo para la extraordinaria («que no requiera justo título»), se añade una nueva exigencia, pues el usucapiente ahora debe tener su posesión inscrita en el Registro.

El hecho de que se exija la inscripción de la posesión no debe extrañarnos debido a que, en ese momento, era posible la inscripción de la posesión, e incluso el dominio se justificaba a través de la misma, en virtud de los expedientes posesorios; no obstante, sí puede extrañar la exigencia de un requisito más en la usucapión extraordinaria que la propia posesión *ad usucapionem*, y el tiempo necesario, como luego veremos.

Es en este momento cuando el Código Civil ve la luz, en 1889, y en el mismo se recoge el artículo 1949 del Código Civil con la misma redacción que en la actualidad, donde se exige, al igual que en el artículo 35 LH que el usucapiente *contra tabulas* tenga inscrito su título de dominio. Hemos de entender que este requisito de la previa inscripción, se aplica solo a la usucapión ordinaria, puesto que en el mismo cuerpo legal, el artículo 1959 del Código Civil, afirma con

rotundidad que cabe la usucapión extraordinaria de inmuebles, para la que es suficiente «la posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes». Si este precepto admite que puede usucapirse sin título ni buena fe, está admitiendo la usucapión *contra tabulas*, sin más requisitos que el tiempo y la posesión. Luego, el artículo 1959 del Código Civil parece modificar o derogar, de forma tácita, la segunda regla que la LH de 1869 introdujo para este tipo de usucapión: la inscripción de la posesión, pues nada se dice al respecto en el posterior cuerpo legal.

Es decir, no se modifica expresamente el artículo 35 LH, pero gran parte de la doctrina lo entiende derogado, y considera que se vuelve a la situación que contemplaba el artículo 35 LH de 1861[1]: Para la usucapión ordinaria *contra tabulas* es preciso el título de dominio inscrito en el Registro (art. 35 y 1949 CC). Para la usucapión extraordinaria *contra tabulas* no se necesita nada más que la posesión *ad usucapionem* durante treinta años, eliminándose la necesidad de la inscripción de la misma (art. 1959 CC).

No obstante, eso no deja de ser una interpretación doctrinal, a mi juicio acertada, pero sin reflejo real legal, pues el texto del artículo 35 LH, entonces vigente, sigue manteniendo la necesidad de que el usucapiente tenga título o posesión inscrita para consumar su adquisición frente a tercero inscrito.

Con la nueva reforma de la Ley Hipotecaria en 1909, se pretendió adaptar la legislación hipotecaria al recién publicado Código Civil. Sin embargo, el artículo 35 LH se mantuvo con la misma redacción que tenía en 1869, sin modificarse, ni adaptarse a lo dispuesto por el artículo 1949 y 1959 del Código Civil, tal y como acabamos de interpretar y exponer.

Esta no modificación de la Ley Hipotecaria en cuanto al régimen de la usucapión *contra tabulas,* volvió a levantar polémica doctrinal, en el sentido de cuestionarse si la nueva Ley Hipotecaria de 1909 había derogado lo dispuesto en el artículo 1959 del Código Civil, exigiéndose, de nuevo, la inscripción de la posesión en el Registro para el usucapiente.

Entendemos, al igual que Serra Contreras (2005), que esto no puede entenderse así, puesto que la Ley Hipotecaria de 1909 se publicó para «adaptar la normativa hipotecaria al nuevo Código Civil, y nunca para derogar este», tal y como se desprende de la propia Disposición Transitoria 6.ª de la LH de 1909.

De igual forma, la doctrina de la época así lo interpretó[2], entendiendo que si la usucapión extraordinaria no debe exigir título alguno *ex* artículo 1959 del Código Civil, mal se puede exigir este requisito cuando se pretenda contra un titular registral, y que por lo tanto lo establecido en el artículo 1949 del Código Civil no puede aplicarse a la usucapión extraordinaria, teniendo regímenes distintos.

La jurisprudencia también interpretó de esta forma la relación entre ambos cuerpos legales, inclinándose por la clara aplicación del artículo 1959 del Código Civil ante una prescripción *contra tabulas*, sin necesidad de más requisitos para ello que su propia posesión continuada en el tiempo. Baste ver, en este sentido, las SSTS de 17 de diciembre de 1910, 29 de octubre de 1915, y por último la STS de 20 de octubre de 1941, que afirmaba lo siguiente: «La sentencia de esta Sala, de 17 de diciembre de 1910, declaró que para prescribir contra el dueño no es necesario fundarse en título inscrito, ni aun en título escrito cuando la prescripción opuesta es la extraordinaria, como ocurre en el caso del presente litigio». Es decir, confirma que se aplica el artículo 1959 del Código Civil a la prescripción extraordinaria, y el 1949 del Código Civil (con necesidad de título inscrito) para la ordinaria, obviando lo dispuesto en la LH de 1869.

Así las cosas, y con una interpretación favorable al mantenimiento del doble régimen para la usucapión ordinaria y extraordinaria frente a un titular registral, como el que se recogía en la LH de 1861, en sintonía con lo dispuesto en el posterior Código Civil (arts. 1949 y 1959), pero sin reflejo real en una modificación del artículo 35 LH entonces vigente, se produce una nueva y última reforma de la LH.

En 1944-46 se publica la nueva Ley Hipotecaria, que es la que todavía hoy permanece en vigor, y en ella se produce un drástico cambio en la regulación de la usucapión.

En esta ley aparece el actual artículo 36 LH, que regula la usucapión *contra tabulas* de forma muy distinta a lo que hasta entonces se establecía, y el nuevo artículo 35 LH va a regular, ahora, la usucapión *secundum tabulas*, es decir, a favor del titular registral.

El artículo 36 LH se aparta de lo dispuesto hasta entonces por las anteriores leyes hipotecarias, y admite la posibilidad de prescribir contra titular registral que sea tercer adquirente[3], siempre que este hubiera conocido o hubiera podido conocer la posesión del usucapiente en el momento de la adquisición de la finca inscrita, o durante el siguiente año, sin haber dicho nada[4]. Este artículo no parece distinguir entre usucapión ordinaria y extraordinaria, ni exige ningún requisito de inscripción ni del título ni de la posesión para el usucapiente. Como hemos dicho, se trata de un régimen distinto al anterior, que vuelve a chocar con lo establecido en el Código Civil y el artículo 1949.

A partir de este momento es cuando surgen, de nuevo, las diferentes interpretaciones sobre las relaciones de ambos cuerpos normativos, y en consecuencia las relaciones entre la prescripción y el Registro, que analizamos a continuación.

2. Las relaciones entre la prescripción y el Registro, a partir de la reforma de la LH de 1944-46

Como acabamos de plantear, publicada la nueva Ley Hipotecaria en 1944-46, surge un nuevo problema: ¿Qué precepto debe aplicarse a la usucapión *contra tabulas*, el nuevo artículo 36 LH, o el régimen del Código Civil en el artículo 1949 del Código Civil, que exige que solo puede usucapir de forma ordinaria frente al Registro quien a su vez tenga título inscrito?

Ante la doble regulación surgen distintas posturas, algunas matizadas, pero fundamentalmente:

a) Los de aquellos que entienden derogado el artículo 1949 por el nuevo artículo 36 LH, siendo de aplicación única la legislación hipotecaria.
b) Los de aquellos que entiende la persistencia de un doble régimen: se aplicará el artículo 1949 del Código Civil para la usucapión ordinaria *contra tabulas*, y sin embargo, el artículo 36 LH para la usucapión extraordinaria.

Entre los defensores de la primera postura, y siguiendo en este punto al estupendo trabajo de Nieves Fenoy (2002)[5], destacamos a Albaldejo, Roca Sastre, Roca i Trías, Rubio Garrido, Clemente Meoro, Miquel González, Morales Moreno, Reglero Campos y Gordillo Cañas. Y también se pueden señalar como afines a esta tesis, aunque no lo manifiestan de forma expresa, pero, podemos deducirlo de sus postulados a: De la Rica y Arenal, Villares Picó, Sols García y Peña Bernaldo de Quirós.

Los argumentos en los que estos autores basan la derogación del actual artículo 1949 del Código Civil por el artículo 36 LH, respecto a la usucapión contra tabulas, resumiendo en este apartado lo recogido por FENOY PICÓN (2002), son los siguientes:

— Los artículos 35 LLHH de 1869 y 1909 establecen lo mismo que el actual 1949 del Código Civil para la usucapión ordinaria *contra tabulas*, tal y como se desprende de sus propios antecedentes. Si esto es así, y no hay duda de que el artículo 35 de las anteriores leyes hipotecarias no puede aplicarse en la actualidad, tampoco podrá hacerlo el 1949 del Código Civil. Es cierto, que esto supone una no aplicación del artículo 1949 del Código Civil y no su derogación, pero indica una tendencia hacia la desaparición del mismo.
La imposibilidad de aplicar hoy en día lo dispuesto por el anterior artículo 35 LH se deriva de lo siguiente: no podría darse hoy en día la posibilidad de una usucapión ordinaria *contra tabulas*, que exigiera la doble inscripción de los títulos, porque desde la Ley de 1 de enero de 1875, no puede publicarse por el Registro de la Propiedad dos títulos incompatibles. Y además, y respecto de la usucapión extraordinaria para la que se exigía la inscripción de la posesión, eso no es posible desde la LH de 1909, que impide la inscripción de la posesión si en el Registro existiera alguna inscripción contradictoria con la misma. Por tanto, una vez en vigor la LH de 1909, ya no existen las condiciones legales necesarias para poder aplicar el artículo 35 LH, y por tanto, este es inaplicable.
— Relaciones entre el Código Civil y la Ley Hipotecaria. Si bien es cierto que la LH de 1944-46 no recogía una derogación expresa en una Disposición Final Derogatoria de aquellos artículos del Código Civil que fueran contradictorios con ella, no es menos cierto que existe la regla general de derogación tácita de una ley posterior respecto de aquellas materias previamente legisladas que fueran contradictorias con esta. Por lo tanto, la LH de 1944-46 habría derogado tácitamente ese precepto de 1949 del Código Civil al oponerse y ser incompatible lo que en él está regulado con el posterior del artículo 36 LH. La incompatibilidad de ambos artículos se percibe claramente cuando el artículo 36 LH de 1944-46 sí que derogó expresamente el anterior artículo 35 LH, y si este y el artículo 1949 recogen los mismos supuestos, el último queda derogado por incompatible.
— El tenor literal del artículo 36 LH no diferencia entre la usucapión *contra tabulas* ordinaria y la extraordinaria; luego, si el legislador no distingue, no puede hacerlo el intérprete, pretendiendo que el artículo 1949 del Código Civil se aplique a la ordinaria, y el artículo 36 LH a la extraordinaria. Y si no puede interpretarse así, y el artículo 36 LH se aplica a ambos supuestos, el artículo 1949 del Código Civil ha quedado derogado tácitamente por este, al establecer esa regulación incompatible y para diferentes supuestos.

Los defensores de la segunda postura se encuentran representados por NÚÑEZ LAGOS, REYES MONTERREAL, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, PETIT SEGURA y GARCÍA GARCÍA.

Los argumentos que refrendan su postura se basan principalmente en:

— La intangibilidad y preferencia del Código Civil respecto de la Ley Hipotecaria. Entienden que las normas del Código Civil son preferentes a las de la Ley Hipotecaria de 1944-46, ya que cuando se publicó esta se estableció que debía «respetar íntegramente el Código Civil»; luego, no

puede entenderse que el Código Civil esté derogado ni directa, ni tácitamente por la LH, que queda como derecho supletorio y complementario.

Fenoy Picón (2002) se plantea entonces que, si sigue en vigor el artículo 1949 del Código Civil, los supuestos a los que se puede aplicar, ¿cuáles son? Una serie de supuestos tangenciales y marginales. En palabras de esta autora, «es un precepto que se aplicaría, en general, a casos patológicos, no deseables, desde luego, desde la perspectiva del Derecho Inmobiliario Registral (doble inmatriculación, título nulo inscrito frente a otro anterior, cancelación indebida de la inscripción anterior por reanudación del tracto sucesivo, derecho real en cosa ajena inscrito y que no existe en la realidad extrarregistral...)».

Por todo ello, entendemos que la postura o tesis que debe prevalecer es la primera de las dos expuestas, y consideramos que tras la publicación de la LH de 1944-46 debemos entender derogado el artículo 1949 del Código Civil, como asimismo lo entiende la mayoría de la doctrina.

Sin embargo, y para poder clarificar del todo este controvertido asunto y concluir de manera razonada, vamos a analizar ahora cómo ha interpretado la jurisprudencia del TS este complicado asunto.

II. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 1949 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY HIPOTECARIA

1. Evolución de la jurisprudencia hasta la actualidad

Corresponde hacer un breve repaso a la doctrina jurisprudencial existente desde la publicación de la Ley Hipotecaria de 1944-46, con la introducción del nuevo —entonces— artículo 36, hasta la actualidad, cuando la STS de enero de 2014 ha puesto fin a esta discusión doctrinal.

Básicamente, y al igual que hemos tratado de hacer con el reflejo doctrinal, se trata de averiguar, si al igual que para la mayoría de la doctrina, el artículo 1949 del Código Civil se debe o no entender derogado tras la publicación del nuevo artículo 36 LH.

Existe un grupo más o menos numeroso de sentencias que recogen el artículo 1949 en sus fundamentos, pero de forma tangencial, solo mencionándolo, sin que se basen en la aplicación del mismo para decidir y resolver. Tal es el caso de las SSTS de 16 de noviembre de 1956, 23 de junio de 1966 o 10 de marzo de 1980. Estas sentencias nada aportan a la cuestión que estamos tratando de solucionar.

También hay otro grupo de sentencias que no deciden en virtud del artículo 1949, y por lo tanto, no se resuelve sobre su derogación o vigencia pero, de forma siempre indirecta, nosotros podemos intuir una postura favorable a la derogación del artículo 1949 del Código Civil, en cuanto que no se aplica este para resolver la cuestión planteada, si no el artículo 36 LH. Es cierto que, en estos casos, nada se dice acerca de la vigencia del artículo 1949 del Código Civil, ni de la posibilidad de aplicarlo o no al caso concreto, solo se afirma en ellas que se trata de un supuesto del artículo 36 LH, y en consecuencia, este es el aplicable.

El TS se fija en los requisitos que el artículo 36 LH establece para resolver las distintas situaciones, y decide aplicar lo que en él se establece, comprobando si se cumplen o no los presupuestos del artículo 36 LH. No es por tanto descabellado afirmar que el Alto Tribunal, ante un supuesto de usucapión *contra tabulas* frente a tercero acude a lo dispuesto en el artículo 36 LH, y no al artículo 1949

del Código Civil. Luego, y siempre de forma indirecta, se puede colegir que se ha derogado —o al menos olvidado o postergado— el artículo 1949 del Código Civil en detrimento de lo dispuesto por el artículo 36 LH, pues es este el que debe aplicarse y cotejarse en primer lugar.

En casi todas las sentencias que encontramos en este grupo, el TS analiza con detalle si el titular registral frente a quien se prescribe es o no es tercero hipotecario, por faltarle alguno de sus requisitos esenciales, en concreto y en la mayoría de los casos, analiza la existencia o falta de buena fe del adquirente, que conoció o pudo haber conocido la posesión del usucapiente antes o durante el primer año de su adquisición, para decidir entonces si puede aplicarse lo establecido en los primeros párrafos del artículo 36 LH. Hay que señalar que esta argumentación se repite tanto en supuestos de usucapión ordinaria como extraordinaria. Sin embargo, nada se dice del artículo 1949 del Código Civil, y nada se afirma en relación a su derogación o vigencia.

En este sentido, encontramos las SSTS de 12 de diciembre de 1994, 8 de octubre de 1997, 30 de octubre de 1998 y 21 de julio de 2006[6].

Sin embargo, y por último, aunque en menor número, también hay otras sentencias que se ocupan del tema de la usucapión *contra tabulas*, y entran a decidir sobre la aplicación o no del artículo 1949 del Código Civil, y por lo tanto, sí que se pronuncian sobre su vigencia.

Entre ellas, destacamos la STS de 31 de marzo de 1992, en la que se afirma claramente que al supuesto de hecho descrito es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1949 del Código Civil; por lo tanto, hay que concluir que, si se aplica el artículo 1949 del Código Civil, es porque se mantiene la vigencia del mismo frente al artículo 36 LH, que no se aplica ni casi se alude al mismo en esta resolución.

Si bien es cierto, como dice FENOY (2002), que el TS aplica un precepto a un supuesto de hecho distinto al que dicho precepto se refiere (puesto que se trata de un caso de usucapión contra titular registral, *inter partes*, y no frente a terceros, y el art. 1949 del CC está pensado para prescribir frente a tercero adquirente), no es menos cierto que, a los efectos que nos ocupa, aunque sea de forma equivocada, resuelve aplicando este artículo ante un supuesto de usucapión *contra tabulas*, y por lo tanto, sostiene su vigencia.

En esta sentencia se analiza el siguiente supuesto de hecho: Adquirida e inscrita una finca por los demandados en el Registro de la Propiedad con fecha de adquisición en 1968 e inscripción de la misma en agosto de 1969, la compañía demandante reclama la propiedad de dicha finca que obtuvo como aportación fundacional de otra mercantil en 1974, habiendo adquirido esta última la propiedad de la finca por procedimiento ejecutivo en diciembre de 1969, seguido contra el transmitente de los demandados, titulares registrales. La mercantil demandante reclama la propiedad de la finca en base a una usucapión *contra tabulas* ejercitada en perjuicio del titular registral, por concurrir todos los requisitos legales para ello, pero datando su posesión de una fecha posterior a la inscripción registral del titular protegido. El TS entiende que se trata de una usucapión ordinaria *contra tabulas*, pero frente a tercero hipotecario protegido, y decide aplicar, entonces, para solucionarlo, el artículo 1949 del Código Civil, resolviendo, que no puede prevalecer la usucapión alegada, ya que este artículo exige para ello (usucapión *contra tabulas* frente a tercero) que el usucapiente tenga su título inscrito en el Registro, requisito que no se cumple en este caso.

En concreto afirma lo siguiente:

«Nos encontramos por tanto frente a una usucapión *contra tabulas,* ejercitada en perjuicio del titular registral de la finca, por aquel que se dice poseedor sin título inscrito, y datando su posesión de una fecha posterior a la inscripción registral del titular protegido. Tanto la doctrina científica, como la jurisprudencia interpretativa de los preceptos sustantivos, son terminantes en la materia: declaran la imposibilidad de que la prescripción ordinaria tenga lugar en relación a los bienes inmuebles, frente al tercero hipotecario que tiene, con tal carácter, inscrito su derecho, si el poseedor no inscribe, a su vez, el título que lo ampara; comenzando entonces a correr el término de la prescripción ordinaria, que se contará a partir de la constancia del título en los libros registrales. O dicho de otro modo, en contra del tercero, el artículo 1949 no permite el inicio de la prescripción adquisitiva ordinaria *contra tabulas,* admitiéndola solo a partir de la inscripción del título que ampara la posesión del usucapiente; valiendo la posesión anterior, solo a efectos de la prescripción extraordinaria. Esta doctrina aparece clara y terminante en los textos legales, así como en la interpretación jurisprudencial, habiendo intentado oscurecerla la parte recurrente, al desvirtuar el concepto del "tercero" que el legislador ha querido señalar para estos casos. Los artículos 462 y 1949 del Código Civil se refieren a la prescripción ganada "en perjuicio de un tercero", y esta doble referencia no puede entenderse de otra forma que no sea pensando en el concepto de "tercero hipotecario", de acuerdo con las condiciones que para ello señala la legislación registral; y debe ser así, pues ambos preceptos sustantivos se están remitiendo "a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria" (art. 462), y a los efectos a producir "contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad" (art. 1949), a lo que no puede menos de añadirse la terminante exigencia del artículo 36 de la Ley de hipotecas, cuando textualmente se refiere "a los titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34"; requisitos que sitúan a esta concreta figura del tercero en una posición privilegiada, pues cuando no concurre en él tal condición, la prescripción adquisitiva del poseedor del inmueble opera aunque este no tenga inscrito su título adquisitivo, con arreglo a lo que disponen las normas generales contenidas en los artículos 447, 1930, 1940 y 1957, todos del Código Civil; carácter normal o común del prescribente que sanciona el artículo 36.3 de la Ley Hipotecaria, en contraposición con las especiales exigencias y condiciones requeridas para la defensa del tercer hipotecario, que anteriormente hemos señalado».

Es decir, el TS afirma en esta sentencia dos cosas importantes: El tercero del 1949 del Código Civil es un tercero hipotecario, y así debe entenderse, y además, la prescripción *contra tabulas* que allí se contempla es una usucapión ordinaria, con justo título por parte del usucapiente, que debe inscribir. Luego, delimita o perfila perfectamente el Tribunal cuál es el supuesto al que se aplica y por tanto está vigente el artículo 1949 del Código Civil: usucapión ordinaria *contra tabulas* y siempre frente a tercero hipotecario.

Una vez aclarados estos extremos, el TS concluye en su sentencia, afirmando la imposibilidad de consumarse esa concreta usucapión ordinaria *contra tabulas*, pues el título no está inscrito:

«En el caso que nos ocupa, los demandados gozan, según la declaración terminante contenida en la sentencia recurrida, de la condición de terceros hipotecarios, y la inscripción registral de su finca tuvo lugar el día 11 de agosto de 1969; el demandante afirma que empezó a poseer el inmueble el día 30 de octubre de 1974, sin que hasta la fecha haya inscrito su título posesorio; así pues,

la prescripción alegada necesariamente tiene que estar comprendida negativamente en el artículo 1949 del Código Civil, sin que pueda perjudicar a los terceros inscritos, ya que aún no se han dado las condiciones precisas para empezar a correr el tiempo de la prescripción, y no cabe hablar de la posible aplicación de las reglas contenidas en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, pues cuando la finca fue adquirida por el matrimonio demandado (4 de diciembre de 1968), la supuesta prescripción adquisitiva «ni estaba consumada, ni en vías de consumarse dentro del año siguiente», ya que se inicia la posesión por parte de la entidad actora casi seis años después (30 de octubre de 1974); y, finalmente, el párrafo 3.º del citado artículo es inoperante frente a los demandados, que, como hemos visto, tienen la consideración de terceros hipotecarios, y no les son, por tanto, de aplicación las reglas de la legislación civil».

Como decíamos al inicio del comentario de esta sentencia, se equivoca el TS en aplicar las reglas de usucapión frente a terceros, en una usucapión *inter partes,* pues el usucapiente empieza a poseer después de la adquisición e inscripción de los titulares registrales, que no son terceros hipotecarios, sino meros titulares. Pero, a pesar de este equívoco, es claro de la dicción y reproducción de esta sentencia que, para el Tribunal Supremo, el artículo 1949 del Código Civil sigue vigente, no está derogado por el artículo 36 LH, y debe aplicarse a los supuestos de usucapión *contra tabulas* ordinaria.

En un sentido muy parecido a esta sentencia encontramos las sentencias de 19 de julio de 1999 y 28 de diciembre de 2001, en las que el Alto Tribunal también se pronuncia sobre el artículo 1949 del Código Civil, coligiendo, entonces, su plena vigencia, al exigir en todas ellas la necesidad de que el usucapiente tenga su título inscrito en el Registro, y que sea esa fecha el *dies a quo* del inicio del plazo de prescripción ordinaria *contra tabulas,* y frente a tercero.

Ante estos pronunciamientos de la jurisprudencia más reciente, parece que debe confirmarse la plena vigencia del artículo 1949 del Código Civil en la usucapión ordinaria *contra tabulas* y frente a tercero hipotecario, estableciendo un doble régimen de ley aplicable: uno para la ordinaria (art. 1949 CC) y otro para la extraordinaria (art. 36 LH), afín al que existía antes de la LH de 1944-46. Esta doctrina jurisprudencial está en contra de la opinión mayoritaria de la doctrina que ve superada esta postura tras la publicación de la LH de 1944-46, con el artículo 36 LH, único que regula la usucapión *contra tabulas,* tanto ordinaria como extraordinaria, frente a titular como frente a tercero.

Así las cosas, se produce el pronunciamiento del TS de enero de este año que viene a poner paz en este conflicto.

2. La fijación de doctrina jurisprudencial en la STS de 21 de enero de 2014

Tal y como acabamos de explicar, existe una discordancia entre el sentir doctrinal mayoritario a favor de la derogación del 1949 del Código Civil por el artículo 36 LH, y la interpretación jurisprudencial del Supremo, si bien, esta tampoco muy contundente y clara, puesto que en la mayor parte de las sentencias donde menciona el artículo 1949 del Código Civil lo hace de forma tangencial, sin entrar a valorar su vigencia o derogación. De este silencio y de la aplicación del artículo 36 LH al supuesto de hecho, nosotros hemos deducido la preterición u olvido del artículo 1949 del Código Civil, pero, sin embargo, en alguna de ellas sí se aborda esta cuestión, inclinándose el Tribunal Supremo por su vigencia, ya

que aplica ese artículo, aunque no se pronuncia expresamente sobre ello, tal y como acabamos de exponer.

De este modo, existe cierta incertidumbre en cuanto a la vigencia del artículo 1949 del Código Civil o su derogación por el artículo 36 LH, a la que debe ponerse fin. Por eso, es de agradecer la reciente sentencia de 21 de enero de 2014, donde el Tribunal Supremo pone fin a esta discusión, fijando doctrina en la misma sobre la derogación clara del artículo 1949 del Código Civil.

El ponente de esta sentencia es don Antonio SALAS CARCELLER, y los hechos que han dado lugar a la misma, son los siguientes: La entidad Promociones MCH 2003, S. L., interpuso demanda de juicio ordinario contra don Ruperto, doña Tamara, don Ernesto y don Federico, interesando que se dictara sentencia por la cual se declarara que el contrato de compraventa celebrado entre los demandados mediante documento privado de fecha 12 de febrero de 1996, por el cual el primero de ellos vendía a los demás determinadas plantas del edificio sito en la CALLE000 núm. NUM001 de Santa Cruz de Tenerife, inscrito en el Registro de la Propiedad al folio NUM003, del libro NUM004, finca núm. NUM005, era nulo de pleno derecho, pues se cedía parte de un bien sobre el cual no existía plena disposición por parte del vendedor, al estar integrado en una herencia yacente, con imposición de costas a dichos demandados.

Los demandados don Ernesto y don Federico se opusieron a la demanda y, además, formularon reconvención contra la demandante y contra don Ruperto, doña María Cristina, don Teodoro y don Virgilio, solicitando que se declare la nulidad de la partición otorgada por estos últimos el día 28 de enero de 2004 ante el notario don Clemente ESTEBAN BELTRÁN, que se declaren nulos el contrato de compraventa otorgado en agosto de 2004 y la escritura de 7 de febrero de 2004, por los que se vendía la totalidad del edificio a Promociones MCH 2003, S. L., y las inscripciones de dominio a las que han dado lugar, y además que se declare que los reconvinientes son propietarios por terceras partes iguales de la planta baja del edificio en cuestión por escritura de aceptación y liquidación de herencia, y que se declare la propiedad de don Ernesto y doña Tamara de la planta 2.ª de dicho edificio.

El Juzgado de Primera Instancia declara no haber lugar a las nulidades de los contratos pretendidos, y declaró que los reconvinientes no son propietarios de las plantas baja y primera, por prescripción adquisitiva tal y como subsidiariamente pretendían.

Se recurre en apelación por parte de los demandados, y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de Primera Instancia, y mantuvo la no adquisición de la propiedad por los demandados en virtud de usucapión *contra tabulas,* ya que no cabía admitir tal modo de adquirir en el presente caso puesto que se trataba de una prescripción ordinaria que —según el art. 1949 CC— requería que el usucapiente, a su vez, tuviera título inscrito a su favor.

En concreto, la Audiencia afirmó lo siguiente: que «en el presente caso se pretende una usucapión *contra tabulas* ejercitada en perjuicio del titular registral de la finca que ostenta la condición de tercero hipotecario, por aquella que se dice poseedora sin título inscrito, si bien su posesión es de fecha anterior a la de la inscripción registral del titular protegido, y estas circunstancias hacen inmune al tercer hipotecario frente a la usucapión ordinaria pretendida, pues como señala la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de julio de 1992, "el artículo 1949 es terminante y no permite vacilaciones hermenéuticas: el tiempo empieza a correr desde la inscripción del segundo título, el de los reconvincentes" *(sic)*. El artículo 1949 pone énfasis especial en la determinación del día inicial para el cómputo

del periodo de prescripción. Este hace referencia a uno de los requisitos de la usucapión: "poseer durante el tiempo determinado en la ley". Y sobre todo es necesario "poseer"....»; más adelante añade que «*en contra del tercero, el artículo 1949 no permite el inicio de la prescripción adquisitiva ordinaria* contra tabulas, *admitiéndola solo a partir de la inscripción del título que ampara la posesión del* usucapiente; valiendo la posesión anterior solo a los efectos de la prescripción extraordinaria».

Esta sentencia de la Audiencia Provincial no se plantea siquiera la vigencia del artículo 1949 del Código Civil, pero lo aplica como la norma que debe regular la usucapión ordinaria *contra tabulas,* como hasta entonces había hecho el TS.

Se presenta recurso de casación por los demandados y recurrentes en apelación, por infracción de los artículos 1949 del Código Civil, y 35 y 36 de la Ley Hipotecaria entre otros, al considerar que «la sentencia impugnada ha vulnerado el artículo 1949 del Código Civil al hacer aplicación del mismo frente a una disposición, como las del artículo 36 LH, que resulta incompatible con aquel y que ha de entenderse que lo derogó por ser de fecha posterior».

El Tribunal Supremo, al analizar la cuestión, lo primero que observa es que hay que pronunciarse expresamente sobre la vigencia del artículo 1949 del Código Civil frente al artículo 36 LH, pues es necesario resolver esta cuestión para saber cuál es el artículo que debe aplicarse a estos hechos.

De este modo, el Alto Tribunal fija doctrina en relación con la usucapión *contra tabulas*, declarando que rige lo dispuesto en el artículo 36 LH frente a lo dispuesto en el artículo 1949 del Código Civil, pues este último debe considerarse derogado.

Transcribimos sus principales Fundamentos de derecho y argumentaciones.

Fundamento SEGUNDO:

«Pues bien, aun cuando esta Sala ha hecho mención del artículo 1949 del Código Civil en sentencias como las de 28 de febrero de 2001 *(RC* 2589/1996) y 20 de febrero de 2007 *(RC* 390/2000), sin descartar su vigencia, lo ha hecho de modo incidental, pues en los casos allí contemplados no dependía de su aplicación el resultado del proceso, lo que no ocurre en el presente ya que la *ratio decidendi* de la sentencia hoy impugnada viene dada precisamente por la aplicación al caso de dicho precepto. Ello conduce a esta Sala a adoptar una posición respecto de su actual vigencia.

Sobre ello consideramos que el artículo 1949 del Código Civil ha sido derogado por el artículo 36, apartados I y II, de la Ley Hipotecaria de 1946, que regula los distintos supuestos de usucapión *contra tabulas*.

La actual redacción del artículo 1949 es la originaria del año 1889 (como precedente directo cabe citar el art. 1946-2.º del Proyecto de 1851) y en dicho momento la norma estaba perfectamente coordinada con el artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1869, que se mantuvo en el año 1909, mientras que la redacción actual del artículo 36 de la Ley Hipotecaria —que supone un cambio sustancial— arranca de la Ley de reforma hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 y se incorpora al Texto Refundido de 8 de febrero de 1946.

El anterior artículo 35 de la Ley Hipotecaria disponía que «la prescripción que no requiera justo título no perjudicará a tercero si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla. Tampoco perjudicará a tercero la que requiera justo título si este no se halla inscrito. El término de la prescripción principiará a correr, en uno y otro caso, desde la fecha de la inscripción. En cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho que se esté prescribiendo, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación común».

Bajo dicho régimen, en la usucapión *contra tabulas* frente al dueño del inmueble o derecho, el cual conoce —o puede conocer— que otro está poseyendo para adquirir, regía la legislación común del Código Civil, mientras que si se trata de un tercero hipotecario —que no conocía, ni había de conocer, dicha posesión *ad usucapionem*— era necesaria la inscripción que pudiera reflejar dicha posesión, lo que resultaba conforme con el texto del artículo 1949 del Código Civil; y ello se tratara de usucapión ordinaria o extraordinaria.

El nuevo artículo 36 de la Ley Hipotecaria (texto vigente desde 1944) contempla dos situaciones distintas y contiene una regulación diferente de la anterior respecto de la prescripción adquisitiva frente al tercero registral; tales situaciones son: 1.ª) La usucapión que se produce contra el titular inscrito mientras tiene lugar la posesión *ad usucapionem;* y 2.ª) La que se produce frente al tercer adquirente de ese titular, que reúne las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

En el primer caso, la solución viene a coincidir con la del anterior artículo 35 LH, pues se dice ahora que «en cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la condición de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil»; pero no sucede igual en el segundo supuesto para el que, sin distinción entre usucapión ordinaria y extraordinaria, se contiene una nueva regulación sobre la eficacia de la prescripción adquisitiva en perjuicio de tercero hipotecario, pues ahora no se exige que el usucapiente tenga inscripción alguna a su favor, sino que adopta como criterio el del conocimiento real o presunto por parte de dicho tercero de la situación posesoria *ad usucapionem*. En tal caso prevalece contra el «tercero hipotecario» la prescripción adquisitiva ya consumada en el momento de la adquisición, o que pueda consumarse dentro del año siguiente, en dos supuestos: *a)* Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente; y *b)* Cuando, fuera del caso anterior, el «tercero hipotecario» consienta dicha posesión, apta para la adquisición del dominio, de forma expresa o tácita, durante todo el año siguiente a la adquisición.

Se trata, en definitiva, de un nuevo régimen totalmente distinto del anterior en lo que afecta a la posición del «tercero hipotecario», que ha venido a sustituir en su integridad el previsto en el artículo 1949 del Código Civil, en cuanto que, al no distinguir, debe entenderse que afecta tanto a la prescripción ordinaria como a la extraordinaria».

El Tribunal Supremo en este fundamento afirma con rotundidad que el artículo 1949 del Código Civil ha quedado derogado por el artículo 36 LH, posterior al mismo, y que es el precepto que debe aplicarse ante un supuesto de usucapión *contra tabulas*, tanto ordinaria (el supuesto al que se refería el art. 1949 CC), como extraordinaria; sin que quepa mantener la vigencia del artículo 1949 del Código Civil para la usucapión *contra tabulas* ordinaria, y el doble régimen que hasta el momento se defendía por parte de la doctrina y por la jurisprudencia, que entendían aplicable y vigente el artículo 1949 del Código Civil para la ordinaria, y el artículo 36 LH para la extraordinaria.

Es de agradecer la claridad del Alto Tribunal, y que confirme la derogación de este artículo, que nació en sintonía con el régimen en anterior pero que, hoy en día, no tiene sentido.

En el Fundamento TERCERO, el Tribunal concluye que no existe usucapión *contra tabulas,* puesto que aplicando el artículo 36 LH, este exige que para que

triunfe la prescripción adquisitiva frente a un titular registral, tercer adquirente, este ha debido conocer la posesión en concepto de dueño del usucapiente. Cuestión esta que no se da, ya que los poseedores lo hacían en concepto de arrendatarios, y como tal los conoció el titular registral. Luego, confirma el TS la sentencia de la Audiencia, en el sentido de que no prospera la usucapión *contra tabulas*, si bien, con un argumento totalmente distinto, puesto que lo que no se cumple es lo previsto en el artículo 36 LH único aplicable a tal supuesto, y no por no cumplirse lo dispuesto en el artículo 1949 del Código Civil, ya definitivamente derogado por este.

No queda ninguna duda al respecto, y coincidimos y alabamos la decisión del Alto Tribunal, pues, es lógico conforme a nuestro propio sistema y ordenamiento que así sea: el artículo 1949 del Código Civil hoy en día no tiene vigencia alguna y no puede aplicarse ni siquiera a la usucapión ordinaria *contra tabulas* frente a tercero. Todo queda regulado por el artículo 36 LH, y son los requisitos que el mismo establece los que deben aplicarse. No puede mantenerse hoy en día distinto régimen para la usucapión ordinaria y la extraordinaria, y en consecuencia ya no está vigente el artículo 1949 del Código Civil.

III. CONCLUSIONES

I. Se plantea la cuestión de si el artículo 1949 del Código Civil sigue vigente y debe ser la norma aplicable ante una posible usucapión *contra tabulas*, o por el contrario ha sido derogado por el posterior artículo 36 LH de 1944-46. Cuestión que ha resuelto la reciente STS de 21 de enero de 2014, en el sentido de entender que se ha producido una derogación tácita del mismo por el artículo 36 LH.

II. Entendemos, al igual que el Alto Tribunal, que el artículo 1949 del Código Civil debe entenderse superado y derogado por el posterior artículo 36 LH, y que este debe ser el único aplicable a un supuesto de usucapión *contra tabulas* tanto ordinaria como extraordinaria, como *inter partes,* como frente a terceros, incluyendo por tanto el supuesto típico al que se aplicaba el artículo 1949 del Código Civil: usucapión ordinaria *contra tabulas* y frente a tercero.

Y esto es así por las siguientes razones:

III. Argumentos históricos. El artículo 1949 del Código Civil se redacta en sintonía con lo dispuesto en la Ley Hipotecaria del momento (1861 y luego 1869), y con respecto a ella debe entenderse, una vez superada esa redacción por la LH de 1944-46, no encaja ni tiene sentido el artículo 1949 del Código Civil, pensado para un mismo supuesto que antes regulaba la LH de forma distinta.

— El artículo 35 LH de 1861 ya regulaba la posibilidad de usucapir contra un titular registral. En dicho artículo se distinguía la posibilidad de prescribir frente a un mero titular registral, que se rige por lo dispuesto en el Código Civil (usucapión *inter partes*), de la posibilidad de usucapir contra un tercer adquirente de buena fe, que desconocía la posesión del usucapiente (usucapión frente a tercero). En este caso, el artículo 35 exigía que el usucapiente, a su vez, hubiera inscrito su título en el Registro. Si en este artículo se exigía expresamente la inscripción para poder usucapir *contra tabulas* de forma ordinaria —pues tenía título—, puede deducirse que dicho requisito no se exigía para la extraordinaria al no establecerse nada en el precepto. Por lo tanto, ya desde el origen de la LH de 1861: usucapión *contra tabulas* frente a terceros, ordinaria: necesidad de título

inscrito, extraordinaria: deducimos que no es necesario nada. El artículo 1949 del Código Civil no existía, pero confirmaría los requisitos de la propia LH para la prescripción ordinaria *contra tabulas*.

— Con la publicación de la Ley Hipotecaria de 1869, se da una nueva redacción al artículo 35. A partir de este momento el diferente régimen para la usucapión ordinaria y extraordinaria es expreso: para la ordinaria se sigue exigiendo que se tenga inscrito el título, y sin embargo para la extraordinaria («que no requiera justo título»), se añade una nueva exigencia, pues el usucapiente ahora debe tener su posesión inscrita en el Registro.
— Con la publicación del Código Civil en 1889, aparece el artículo 1949 del Código Civil, en perfecta sintonía con lo dispuesto por la LH: se exige, al igual que en el artículo 35 LH que el usucapiente *contra tabulas* tenga inscrito su título de dominio. Hemos de entender que este requisito de la previa inscripción, se aplica solo a la usucapión ordinaria, puesto que en el mismo cuerpo legal, el artículo 1959 del Código Civil, afirma con rotundidad que cabe la usucapión extraordinaria de inmuebles, para la que es suficiente «la posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes». Si este precepto admite que puede usucapirse sin título ni buena fe, está admitiendo la usucapión *contra tabulas*, sin más requisitos que el tiempo y la posesión. Luego, el artículo 1959 del Código Civil parece modificar o derogar, de forma tácita, la segunda regla que la LH de 1869 introdujo para este tipo de usucapión: la inscripción de la posesión, pues nada se dice al respecto en el posterior cuerpo legal.
— Con la nueva reforma de la Ley Hipotecaria en 1909, se pretendió adaptar la legislación hipotecaria al recién publicado Código Civil. Sin embargo, el artículo 35 LH se mantuvo con la misma redacción que tenía en 1869, sin modificarse, ni adaptarse a lo dispuesto por los artículos 1949 y 1959 del Código Civil, tal y como acabamos de interpretar y exponer. Esta no modificación de la Ley Hipotecaria en cuanto al régimen de la usucapión *contra tabulas,* volvió a levantar polémica doctrinal, en el sentido de cuestionarse si la nueva Ley Hipotecaria de 1909 había derogado lo dispuesto en el artículo 1959 del Código Civil, exigiéndose, de nuevo, la inscripción de la posesión en el Registro para el usucapiente.
— La doctrina de la época así lo interpretó, entendiendo que si la usucapión extraordinaria no debe exigir título alguno *ex* artículo 1959 del Código Civil, mal se puede exigir este requisito cuando se pretenda contra un titular registral, y que por lo tanto lo establecido en el artículo 1949 del Código Civil no puede aplicarse a la usucapión extraordinaria, teniendo regímenes distintos.
— La jurisprudencia también interpretó de esta forma la relación entre ambos cuerpos legales, inclinándose por la clara aplicación del artículo 1959 del Código Civil ante una prescripción *contra tabulas*, sin necesidad de más requisitos para ello que su propia posesión continuada en el tiempo. Luego, de la evolución histórica del artículo en cuestión, y de la interpretación tanto doctrinal como jurisprudencial de la misma, debemos entender que el artículo 1949 del Código Civil nació al amparo de lo que disponían las anteriores leyes hipotecarias para la usucapión ordinaria *contra tabulas* y frente a tercero, coincidiendo con estas, y confirmando sus requisitos legales. El conflicto podría persistir en la usucapión extraordinaria, pero no en lo dispuesto del artículo 1949 del Código Civil para la ordinaria. Era

un precepto afin a la legislación hipotecaria que regulaba y confirmaba lo mismo que aquella.

— En 1944-46 se publica la nueva Ley Hipotecaria, que es la que todavía hoy permanece en vigor, y en ella se produce un drástico cambio en la regulación de la usucapión. Aparece el actual artículo 36 LH, que regula la usucapión *contra tabulas* de forma muy distinta a lo que hasta entonces se establecía, se aparta de lo dispuesto hasta entonces por las anteriores leyes hipotecarias, y admite la posibilidad de prescribir contra titular registral que sea tercer adquirente, siempre que este hubiera conocido o hubiera podido conocer la posesión del usucapiente en el momento de la adquisición de la finca inscrita, o durante el siguiente año, sin haber dicho nada, tanto de forma ordinaria como extraordinaria.

La Ley Hipotecaria cambia el régimen de la usucapión *contra tabulas,* tanto de la ordinaria como extraordinaria. ¿Qué pasa, entonces, con el artículo 1949 del Código Civil que establece un régimen distinto al nuevo?

IV. Argumentos doctrinales. Se abre una polémica doctrinal y jurisprudencial en torno a si el artículo 1949 del Código Civil ha sido derogado por el artículo 36 LH o si, por el contrario, permanece vigente para la usucapión ordinaria *contra tabulas* y frente a tercero. La mayoría de la doctrina encuentra derogado este artículo, al igual que nosotros y eso por los siguientes motivos:

— Los artículos 35 LLHH 1869 y 1909 establecían lo mismo que el actual 1949 del Código Civil para la usucapión ordinaria *contra tabulas*, tal y como se desprende de sus propios antecedentes. Si esto es así, y no hay duda de que el artículo 35 de las anteriores leyes hipotecarias no puede aplicarse en la actualidad, tampoco podrá hacerlo el artículo 1949 del Código Civil. Es cierto que esto supone una no aplicación del artículo 1949 del Código Civil y no su derogación, pero indica tendencia hacia la desaparición del mismo.

— Existe la regla general de derogación tácita de una ley posterior respecto de aquellas materias previamente legisladas que fueran contradictorias con esta. Por lo tanto, la LH de 1944-46 habría derogado tácitamente ese precepto 1949 del Código Civil al oponerse y ser incompatible lo en él regulado con el posterior del artículo 36 LH.

— El tenor literal del artículo 36 LH no diferencia entre la usucapión *contra tabulas* ordinaria y la extraordinaria; luego, si el legislador no distingue, no puede hacerlo el intérprete, pretendiendo que el artículo 1949 del Código Civil se aplique a la ordinaria, y el artículo 36 LH a la extraordinaria. Y si no puede interpretarse así, y el artículo 36 LH se aplica a ambos supuestos, el artículo 1949 del Código Civil ha quedado derogado tácitamente por este, al establecer esa regulación incompatible, y para diferentes supuestos.

V. Argumentos jurisprudenciales. La jurisprudencia del Tribunal Supremo es vacilante y cambiante. Si bien no entra a analizar la cuestión de la vigencia del artículo 1949 del Código Civil salvo en escasas resoluciones, en las que sí lo hace, se muestra favorable a su vigencia para la usucapión ordinaria *contra tabulas*. Pero, sin embargo, en otras muchas, y siempre de forma tangencial, podemos deducir la derogación de este artículo 1949 del Código Civil, pues, ante

una usucapión *contra tabulas* acude, en primer lugar, a lo dispuesto en el artículo 36 LH. La polémica continúa, y se hace necesario un aclaración.

VI. Por fin, la STS de 21 de enero de 2014 fija doctrina jurisprudencial afirmando la derogación del artículo 1949 del Código Civil por el artículo 36 LH. Este artículo debe aplicarse a los supuestos de usucapión *contra tabulas* tanto *inter partes* como frente a terceros, ya sea ordinaria como extraordinaria. Por lo tanto, se pone fin a la dualidad de regímenes normativos aplicables según el supuesto de hecho, se clarifica la cuestión, y ya no queda duda de que el artículo 1949 del Código Civil está derogado tácitamente por la ley posterior.

VII. Compartimos la doctrina del Alto Tribunal en esta sentencia y entendemos que es lo más acorde tanto a su evolución legislativa, como conforme con los principios generales de derogación de la Ley posterior deroga la anterior, así como principios más sustantivos y de la práctica, ya que es muy complicado que se dé la situación de dos títulos inscritos que prevé el propio artículo 1949 del Código Civil.

IV. BIBLIOGRAFÍA

FENOY PICÓN, N. (2002): «La usucapión ordinaria *contra tabulas* y frente al tercero: el problema de la vigencia del artículo 1949 del Código Civil», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo,* CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (coord.). Vol. 3 (*Derecho Civil, Derechos Reales, Derecho de Familia*), Madrid, Civitas, págs. 3771-3828.

MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1903): «Comentario al artículo 1949 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil Español*, Madrid, Editorial Reus.

SERRA CONTRERAS, P. L. (2005): «Apostilla sobre la usucapión *contra tabulas*», en *RCDI*, núm. 689, págs. 873-886.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- 17 de diciembre de 1910.
- 29 de octubre de 1915.
- 20 de octubre de 1941.
- 31 de marzo de 1992.
- 19 de julio de 1992.
- 12 de diciembre de 1994.
- 8 de octubre de 1997.
- 30 de octubre de 1998.
- 19 de julio de 1999.
- 28 de febrero de 2001.
- 28 de diciembre de 2001.
- 21 de julio de 2006.
- 20 de febrero de 2007.
- 21 de enero de 2014.

NOTAS

[1] Así lo interpretaron BIENVENIDO OLIVER Y MORRELL Y TERRY, como recoge SERRA CONTRERAS, P. L. (2005) en su artículo: «Apostilla sobre la usucapión *contra tabulas*», en *RCDI*, núm. 689, págs. 873-886.

[2] En este sentido, MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1903), en sus *Comentarios al Código Civil Español*, al comentar el artículo 1949 del Código Civil. Madrid, Editorial Reus.

[3] También recoge la posibilidad de usucapión *contra tabulas inter partes,* en su párrafo 3, remitiéndose en ese caso a la legislación civil.

[4] Artículo 36 LH: «Frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34, solo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los dos supuestos siguientes:

a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.

b) Siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición. Cuando la prescripción afecte a una servidumbre negativa o no aparente, y esta pueda adquirirse por prescripción, el plazo del año se contará desde que el titular pudo conocer su existencia en la forma prevenida en el apartado *a),* o, en su defecto, desde que se produjo un acto obstativo a la libertad del predio sirviente.

La prescripción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito, si este no la interrumpiere en la forma y plazo antes indicados, y sin perjuicio de que pueda también interrumpirla antes de su consumación total.

En cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la consideración de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil.

Los derechos adquiridos a título oneroso y de buena fe que no lleven aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el cual se hubieren constituido, no se extinguirán por usucapión de este. Tampoco se extinguirán los que impliquen aquella facultad cuando el disfrute de los mismos no fuere incompatible con la posesión causa de la prescripción adquisitiva, o cuando, siéndolo, reúnan sus titulares las circunstancias y procedan en la forma y plazos que determina el párrafo *b)* de este artículo.

La prescripción extintiva de derechos reales sobre cosa ajena, susceptibles de posesión o de protección posesoria, perjudicará siempre al titular según el Registro, aunque tenga la condición de tercero».

[5] FENOY PICÓN, N. (2002), «La usucapión ordinaria *contra tabulas* y frente al tercero: el problema de la vigencia del artículo 1949 del Código Civil», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (coord.). Vol. 3 (*Derecho Civil, Derechos Reales, Derecho de Familia*). Madrid, Civitas, págs. 3771-3828.

[6] En la primera de ellas, al haber conocido el titular registral la posesión del usucapiente, se cumple lo establecido en el artículo 36.1 LH, y en consecuencia, aplicando este, procede la usucapión *contra tabulas*. En la STS de 8 de octubre de 1997, sin embargo no procede la usucapión *contra tabulas* conforme al artículo 36 LH, porque el titular registral, tercer adquirente, no conoció la posesión en concepto de dueño del usucapiente, pues era un arrendatario, y al faltar el concepto posesorio, no puede consumarse la usucapión. En la STS de 30 de octubre de 1998, se vuelve a admitir la usucapión contra el titular registral, pues este conoció y consintió la posesión del usucapiente conforme a lo establecido en el artículo 36 LH. Por último, la sentencia de 21 de julio de 2006 considera que no prevalece la usucapión *contra tabulas,* pues el titular registral, tercer adquirente, tuvo buena fe y no conoció la posesión contradictoria, no cumpliéndose entonces lo establecido en el artículo 36 LH.

1.4. Sucesiones

Acerca de la posibilidad de los «legados legales» en el Código Civil con especial atención a la legítima: reflexiones críticas sobre doctrina y jurisprudencia

About the possibility of the «legal legacies» in the Spanish Civil Code with special attention to the legitimate: reflexions of doctrine and jurisprudence

por

M.ª CARMEN NÚÑEZ MUÑIZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil.
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

RESUMEN: Nuestro Código Civil común recoge ciertas atribuciones legales por causa de muerte y a título singular, que no se consideran legados al no proceder de la voluntad del testador, sino de la ley, atendida la construcción teórica de que los legados, necesariamente, deben proceder de dicha voluntad del causante. Así, entre otros, el derecho de reversión, es un buen ejemplo de atribución legal *mortis causa,* o más claramente aún, la legítima. Pues bien, en estos casos la doctrina suele hablar de atribuciones *ex lege* por causa de muerte e, incluso, de legados *ex lege,* sin apreciar que estos llamados legales son legados en sentido estricto. Por su parte, la jurisprudencia sobre la legítima no ha seguido una línea uniforme, calificándola como cuota de activo neto o bien como parte de herencia. El presente trabajo dilucidará si tales atribuciones legales *mortis causa* a título singular pueden ser o no legados.

ABSTRACT: The Spanish Civil Code, have legal attributions by reason of death and to singular title are not considered legacies when not coming from the testator, and is of the law,. This way, among other, the reversion right, is a good example of attribution legal mortis it causes, or more clearly still, the legitimate one. In these cases the doctrine usually speaks of attributions former lege by reason of death and, even, of legacies former lege, without appreciating that these legal. The jurisprudence on the legitimate, it has not an uniform line, qualifying as quota of active or inheritance part. The present work will elucidate if this attributions legal mortis cause to singular title they can be or non legacies.

PALABRAS CLAVE: Legado. Legítima. Derecho de reversión. Legado legal.

KEY WORDS: Legacy. Legitimate. Reversion right. Legal legacy.

SUMARIO: I. ¿DEBE EL LEGADO ORDENARSE EN UNA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA O PUEDE TENER ORIGEN LEGAL?: 1. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR. 2. RECAPITULACIÓN ARGUMENTATIVA.—II. DEFINICIÓN DE LEGADO: LA STS DE 28 DE MAYO DE 1994.—III. LA LEGÍTIMA COMO LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA: 1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA. 2. LA LEGÍTIMA Y EL LEGADO DE

PARTE ALÍCUOTA. 3. JUSTIFICACIÓN DE LO EXPUESTO.—IV. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA: LA LEGÍTIMA COMO CUOTA DEL ACTIVO NETO O COMO CUOTA DE HERENCIA.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. ¿DEBE EL LEGADO ORDENARSE EN UNA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA O PUEDE TENER ORIGEN LEGAL?

1. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR

En nuestra opinión, el elemento jurídico previo es el artículo 660 del Código Civil, a tenor del cual: «llámase heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular». Pese a que el precepto identifica legatario y sucesor particular, buena parte de la doctrina califica dicha sinonimia como escasamente rigurosa. Así lo pone de manifiesto FERRARA, C.[1], al señalar que con frecuencia se considera al legado y sucesión particular como idéntica cosa, que lo uno no es más que la forma del otro, afirmación que si en términos generales no totalmente es inexacta, lo cierto es que resulta necesario determinar la mutua relación entre estas dos figuras, porque no siempre el legado es sucesión a título particular, ni toda sucesión a título particular es un legado.

Y que no todo legado es sucesión particular lo demuestra, v.gr., el legado de cosa ajena, en el que el legatario no sucede al testador, puesto que el objeto legado no le pertenece, no forma parte de la herencia; se considera que sucede *inter vivos* al heredero. Prueba de ello son los legados de cosa ajena (art. 861), el de cosa del heredero o legatario gravados (art. 863) y el de crédito a favor del propio acreedor (art. 873). Pues si el objeto legado no pertenece al causante, mal puede haber, respecto a él, sucesión ni aun a título singular[2].

La doctrina ha intentado salvar esta discrepancia con la teoría de la sucesión en sentido económico, aspecto que no corresponde tratar en esta sede por no ser objeto del trabajo que nos proponemos desarrollar y por razones de espacio.

Al parecer, la equiparación del artículo 660 entre legatario y sucesor particular, quiebra una vez más; y quiebra, porque al decir de la mayoría de la doctrina, es de esencia al legado su voluntariedad, es decir, que sea el testador quien en disposición testamentaria ordene el legado; y es que en el Código Civil concurren ciertas atribuciones a título singular y *mortis causa* en favor de determinadas personas, como por ejemplo la cuota usufructuaria del cónyuge viudo[3] (arts. 807.3 y 834 CC), que, por proceder de la ley y no de la voluntad del testador, la doctrina no considera legado, pero sí sucesión particular *mortis causa*.

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de octubre de 1987, en la que se discutía el alcance y sentido que debía darse a la cláusula testamentaria «en la totalidad de sus bienes, derechos y acciones, instituye y nombra por sus herederos en usufructo vitalicio...», tratándose de determinar si era una institución a título universal o un legado, la resolución judicial estimó que existen sustanciales diferencias entre el sucesor como usufructuario universal y el heredero, en cuanto la herencia implica una adquisición traslativa de dominio y el usufructo, aunque también adquisitivo, es constitutivo de un derecho real en cosa ajena.

A mayor abundamiento, el usufructuario, a diferencia del heredero no entra directamente en la posesión y disfrute de los bienes hereditarios, sino que ha de recibirla del heredero o albacea. Al tiempo, el heredero responde de las deudas hereditarias con los bienes de la herencia y con los suyos propios, salvo beneficio

de inventario, mientras que el usufructuario no soporta tal responsabilidad, salvo casos excepcionales (arts. 506, 508 y 891 CC), y si además no se olvida que es el nudo propietario el sucesor en la universalidad de las relaciones jurídicas activas y pasivas de la herencia, no siendo el usufructuario, aunque lo sea universal, más que un sucesor de bienes, es decir, en la parte activa del patrimonio.

Estos supuestos, calificados como legados *ex lege* y como señala TRAVIESAS, M.[4], suponen una adquisición *ope legis*, a título lucrativo, por muerte de una persona, si bien no aparece el factor voluntad privada, otorgando una atribución patrimonial. Así que el llamado legado *ex lege* no es negocio jurídico, como el legado fundado en la voluntad del testador. Por tanto, también la adquisición en el llamado legado legal se opera *iure hereditario*, pero no *iure legati*.

También ALBALADEJO GARCÍA, M.[5] admite que puede haber sucesores particulares llamados por la ley, como, por ejemplo, el viudo del causante, pero tales sucesores legales, no son legatarios, porque el legatario es sucesor particular establecido por el difunto. Para ROCA SASTRE, R. M.[6], el legado es una atribución voluntariamente otorgada por el causante, por lo que excluye la posibilidad de un legado legal[7].

De la misma opinión es LACRUZ BERDEJO, J. L.[8], para quien, desde el momento en que el legado es peculiar de la sucesión testamentaria, resulta claro que los términos *legado y sucesión a título particular* no pueden identificarse. Por definición, el legado es voluntario, y en el momento en que es ordenado por la ley deja de tener la condición de legado. Por consiguiente, a su juicio, la palabra en cuestión significa simplemente una relación de semejanza entre la sucesión legal a título particular y la del legatario, semejanza de valor muy relativo desde el momento en que las normas que regulan el legado encuentran su base en la cualidad de acto voluntario de este tipo de atribución.

Por su parte ROCA-SASTRE MUNCUNILL[9] entiende que para precisar exactamente el concepto de los legados, es necesario *excluir del mismo otras atribuciones singulares* mortis causa *de origen legal*, tales como *las legítimas, las reservas sucesorias, la reversión legal de donaciones, y las* mortis causa capiones, precisamente por ser de creación legal. Estas últimas las considera una *delibatio ex lege*, asignación de una cosa o valor del patrimonio relicto por obra de la ley, como si esta dispusiera un legado de los mismos. Estima que todas ellas, en sus variadas manifestaciones, integran un amplio cajón de sastre o residual que, en abstracto, implican adquisiciones en que la muerte sirve de supuesto de hecho. Así serán las determinadas en el Código Civil el artículo 1321 que prevé que, fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda común de los esposos se entregará al que sobreviva. Sin embargo, LACRUZ BERDEJO, J. L.[10] aprecia que se trata de un derecho de naturaleza familiar, consistente en un derecho de predetracción a la disolución de la comunidad, rigiéndose exclusivamente por el Derecho de Familia[11].

Otro supuesto de *mortis causa capiones*, a juicio de ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.[12], lo constituye el artículo 964 del Código Civil, al conceder a la viuda alimentos a cargo de la herencia mientras esté encinta. Adicionalmente, si bien a su juicio insólito, es el del artículo 1653 del Código Civil, que dispone que a falta de herederos testamentarios descendientes, ascendientes, cónyuge supérstite y parientes dentro del sexto grado (hoy cuarto) del último enfiteuta, volverá la finca al dueño directo en el estado en que se halle, si no dispuso de ella el enfiteuta en otra forma.

Nosotros, por supuesto, no vamos a sumergirnos en la especificación de cuáles son los casos de *legados legales;* antes bien, vamos a dilucidar, a la vista de los casos más llamativos, si este tipo de legados existe en nuestro Código Civil, descartando las controversias nominales sobre la expresión correcta para aludirlos. Mientras

unos prefieren conocerlos como legados legales[13], otros —la mayoría de la doctrina— rechaza esta denominación; y no faltan quienes prefieren hablar en estos casos de *sucesión anómala*[14].

Por tanto y de momento, de una forma genérica, nos referiremos a ellos como cualquier atribución singular que realice la ley por la muerte de una persona, sin perjuicio de citar algún supuesto que ilustre su contenido por ser casos más típicos y conocidos, pero sin que ello signifique un rechazo a otros señalados por la doctrina como «legados legales».

García Rubio, M. P.[15] afirma rotundamente que los sucesores particulares llamados por la ley no son legatarios. Pues en el Código Civil español la regulación del legado está sistemáticamente situada en el marco de la sucesión testamentaria, y no cabe duda de que muchas de las normas que configuran ese régimen jurídico se hallan fuertemente marcadas por la voluntariedad característica del legado en sentido propio, razón por la cual no resulta sencilla su adaptación a las atribuciones singulares de origen legal.

Si investigamos los antecedentes históricos del legado, este siempre ha sido ordenado en testamento, por voluntad del testador. En el Derecho Romano el legado es una disposición *mortis causa,* contenida en testamento, sobre bienes concretos y con cargo al heredero[16]. Schulz, F.[17] señala que el legado clásico es una donación impuesta por el testador en su testamento a cargo de su *heres*, de sus *heredes* o de uno de estos. Sin embargo, precisa a continuación, que el *legatum* es una donación por causa de muerte, aunque suscrita mediante convenio entre donante y donatario, frente al *legatum* ordenado, sin excepción, en un testamento. Todo legado debe ser ordenado en testamento, pero como es una carga impuesta al heredero, debe ordenarse después de la institución de este. Empero, a diferencia del heredero, el legado también puede ser dispuesto en codicilo confirmado en testamento.

También en las Partidas encontramos la misma exigencia. La Ley I, título IX de la Partida 6.ª lo define de la siguiente manera: *manda es vna manera de donación que dexa el testador en su testamento, o en cobdicillo a alguno por amor de Dios, o de su ánima, o por fazer algo aquel a quien dexa la manda*. Insiste en la necesidad de que sea hecha en testamento o codicilo, so pena de no ser válido, la Ley XXXIIII, título IX de la Partida 6.ª

Con todo, en el Código Civil no existe un solo precepto que exija que para que exista legado, este deba proceder de la voluntad del testador; muy al contrario, el artículo 660 identifica el legado con la sucesión particular, sin hacer ninguna excepción, aclaración o especificación. El artículo 658.1 dispone lo siguiente: «la *sucesión* se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y a falta de este por *disposición de la ley*»; es decir, *la sucesión* (no la herencia), que puede ser universal o particular (arts. 660 y 668), puede tener lugar por voluntad del testador o por *disposición de la ley,* y eso tanto la universal como la particular; si luego analizamos el artículo 660 del Código Civil cuando advierte que el que sucede a título singular será legatario, no entendemos por qué razón el que recibe *ex lege* una atribución patrimonial determinada no puede ser legatario[18].

A continuación, los artículos 659 y 661 hablan, respectivamente, de lo que la herencia contiene y los herederos reciben, es decir, activo y pasivo; y como en el pasivo solo van a suceder los sucesores universales (salvo que el testador grave especialmente al legatario con alguna deuda), por eso utilizan específicamente la palabra *herencia* y *heredero,* no sucesión y sucesores (como el art. 658), porque estos pueden ser, como sabemos, universales y particulares, y solo los primeros suceden en el activo y el pasivo, que es a lo que se refieren los citados preceptos.

En su virtud, cuando el artículo 658 declara que la *sucesión* puede deferirse por voluntad del hombre o de la ley, tal vez deberíamos entender que se refiere a la sucesión en general, universal y particular, pues no hay nada que nos haga pensar que solo se refiere a la universal; es más, en otros preceptos cuando se refiere a la una o a la otra, utiliza las palabras adecuadas; aunque debemos reconocer que, incluso intuitivamente, la palabra legado nos sugiere disposición graciosa, voluntaria, gratuita y con ánimo de liberalidad por parte del testador.

Lo que ocurre es que el Código parece estar centrado, únicamente, en el aspecto dinámico del proceso, es decir, en lo que se transmite o traslada al destinatario en virtud del llamamiento a título particular. Lo contempla desde la óptica del título, de lo que este, en su singularidad atribuye, sin consideración a su origen (ley o voluntad del testador). En este sentido carece de trascendencia de dónde proceda la atribución; lo decisivo es que el llamado a título singular va a recibir exclusivamente aquello que se le ha asignado. Téngase en cuenta que este título carece de fuerza expansiva, a diferencia de lo que ocurre con el título universal que abarca más de lo dispuesto por el testador, atribuye al así llamado la total posición jurídica del causante; nada de esto ocurre con el título particular; el adquirente va a recibir solo aquella o aquellas relaciones jurídicas, concretas o no, patrimoniales activas que la ley o el testador le hubiese otorgado, sin conllevar la correlativa adquisición de otro tipo de relaciones distintas de las que no se hubiese dispuesto efectivamente, como el pasivo y las no patrimoniales.

En el Derecho Romano clásico la única sucesión que existía era la universal. El legado era legado, pero no se consideraba sucesión, porque el legatario no se colocaba en la misma posición jurídica del causante, sino que se limitaba a adquirir lo que le era atribuido por el testador; fueron los juristas post-clásicos los que empezaron a referirse al legado como sucesión particular, basándose en que el legatario recibía algo concreto, a diferencia de lo que ocurría con el heredero que asumía una total situación jurídica. Y así se ha mantenido desde entonces; y, ciertamente, el legado supone sucesión singular.

En este punto, ha de subrayarse que en el Código Civil existen ciertas atribuciones particulares por causa de muerte a favor de personas concretas, que por no proceder del testador no se considera legado, y se cree que la identificación entre ambos términos se ha roto; pero estimamos que solo relativamente, pues en ambos casos (atribución particular *ex lege* y legado propiamente dicho), el destinatario de la atribución va a recibir únicamente el bien atribuido, con independencia del origen de la atribución. La naturaleza del título es la misma y los efectos prácticos también, ¿o es que la situación jurídica del cónyuge viudo usufructuario del tercio de mejora no es la misma que la de, por ejemplo, un hermano del causante a quien este le ha legado el usufructo del tercio de libre disposición o, refiriéndonos al derecho de reversión del artículo 812 del Código Civil, la situación del abuelo que ha donado una finca a su nieto fallecido sin descendencia, cuando la recupera, varía en algo a la de un legatario de la misma finca, o de cualquier otra cosa determinada?[19].

2. Recapitulación argumentativa

De lo dicho hasta el momento, podemos deducir lo siguiente: a pesar de que el artículo 660 declara al legatario como sucesor particular, entendemos que la palabra «sucesión» no se ha empleado aquí correctamente, sino que debería llamarle adquirente o perceptor. Del estudio de los distintos preceptos sobre los legados, se

desprende la innecesaridad de que se produzca sucesión para que una determinada disposición a título particular sea considerada como legado (como sucede con el legado de reconocimiento de deuda, art. 873). Entendiendo, claro está, la palabra sucesión en sentido estricto.

Por otro lado, en los casos en que efectivamente se produce sucesión, no es necesario que la relación jurídica atribuida se encuentre en el patrimonio del disponente, con lo cual, tampoco, en sentido estricto, puede decirse que se sucede al *de cuius* al no pertenecerle el objeto legado (por ejemplo, legado de cosa ajena art. 861), pero sí existe una evidente conexión entre este y el destinatario de la atribución, pues si bien la relación no procede de su patrimonio, sino de otro distinto, sí procede de su voluntad, y por ella ha podido tener lugar esa adquisición. El precepto en cuestión está pensando más bien en lo que va a recibir el sucesor particular, y en cómo se va a efectuar la susodicha adquisición. No en que efectivamente se produzca una auténtica sucesión, en el sentido de cambio subjetivo en una relación jurídica permaneciendo esta objetivamente idéntica, y adquirida por el sucesor directamente del transmitente.

Por tanto, este artículo 861 utiliza el sustantivo «sucesión» de una forma muy vaga, aunque esto no debería sorprendernos, puesto que ya en diversas ocasiones la doctrina ha puesto de relieve la gran imprecisión terminológica de nuestro Código Civil[20].

En los artículos 858 y siguientes del Código Civil se establece la regulación de los distintos legados, y en ella se destaca un matiz de voluntariedad en su ordenación, lo que puede hacer pensar que solo existe tal figura si procede de la voluntad del testador. Ello provoca que se rechace como tal a aquellas atribuciones *ex lege* por fallecimiento de una persona y a título singular. No obstante debemos destacar que las normas relativas a legados no son las únicas en las que se observa un predominio de la voluntad del disponente; en el Derecho de Sucesiones, la voluntad del testador ocupa un lugar preeminente (excepción hecha de la regulación de las legítimas), y no solo en la ordenación de los legados. En distintos preceptos se impone la indagación de la voluntad de aquel, hasta el punto de considerarse que esta es la ley de la sucesión, incluso cuando se trata de la institución de heredero; por ejemplo, artículos 668.2 y 675 del Código Civil; lo que ocurre es que, a diferencia de lo que sucede con el legado, la herencia tiene una gran proyección social; es una auténtica necesidad su regulación, y a falta de testamento en el que el causante manifiesta su voluntad, la ley viene a suplir esta carencia, por lo que, la voluntad, siendo igualmente soberana (cuando se ha manifestado), no es la única fuente desencadenante de la misma.

Que la voluntad del testador ostente un papel protagonista en el sistema sucesorio, lo manifiesta también de forma reiterada la jurisprudencia. En la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de diciembre de 1992, a propósito de la interpretación del artículo 675 del Código Civil, señala lo siguiente: «la jurisprudencia de esta Sala al respecto es constante y reiterada, orientándose en dos sentidos: el primero referido a la misma función interpretativa, que es una actividad de la soberana incumbencia del Tribunal de instancia, respetable en casación mientras se mantenga dentro de criterios racionales y no desemboque en lo arbitrario, al extremo de *tergiversar manifiestamente el texto de la disposición testamentaria*...; y una segunda orientación aclarando, que el proceso interpretativo ha de hacerse con un criterio subjetivista, *aspirando siempre a describir la voluntad del testador*, pues aunque la primera regla del precepto legal sea la literalidad, debe acudirse, *con el fin de aclarar esa voluntad,* al conjunto del documento testamentario, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas del mismo, empleando unitariamente las reglas de

hermenéutica, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios extrínsecos, o circunstancias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta. El testamento constituye, pues, una unidad, donde está plasmada la voluntad del causante en sus distintas disposiciones, siendo necesario interpretarlas integrándolas armónicamente, en el sentido de evitar las posibles contradicciones que puedan presentarse, producto de la separada utilización de una sola vía interpretativa.

En el legado, sin embargo, como no responde a ninguna necesidad social, sino a simples deseos del disponente (al menos en la mayoría de los casos), la ley regula los distintos tipos como procedentes de la voluntad privada, pero esto no debería tener por qué excluir la existencia de legados procedentes de la ley. Y de hecho el Código Civil, en algunos de sus preceptos (por ejemplo, art. 812, reversión legal de donaciones[21]), realiza unas atribuciones *mortis causa* y a título singular, que por no proceder de la voluntad privada no se consideran legado; pero creemos que aquí ocurre algo parecido a lo que acontece con la herencia; si bien no puede decirse que en estos casos exista una necesidad social, creemos sin embargo que existe al menos un interés familiar que la ley trata de proteger por medio de estas atribuciones.

Por otro lado, que se le llame o no legado, nos parece que, en definitiva, no tiene gran trascendencia práctica, y no deja de ser una pura cuestión nominal; en ambos casos —tanto si la atribución la realiza la ley como el testador— el adquirente va a limitarse a recibir un valor patrimonial; y específicamente aquello que le es atribuido, ni más ni menos; en ninguno de los dos casos el adquirente asume personalmente las deudas del *de cuius*. En ambos casos, el beneficiario dispone de una pretensión autónoma para exigirle al gravado el cumplimiento de aquello que le ha sido atribuido; partiendo de esto, ¿qué más da que su derecho proceda de la voluntad del testador, o de la ley, si su situación va a ser exactamente la misma?, ¿qué importa que se le llame adquirente *ex lege* que legatario?

Una cosa parece clara, el legatario propiamente dicho adquiere siempre a título singular, lo cual significa, como ya se ha puesto de manifiesto, que lo que recibe va a ser exclusivamente aquello que le ha sido atribuido; entonces la falta de coincidencia entre sucesión particular y legado no es tal, porque siempre que hay legado, la adquisición es particular. Se objeta que puede haber sucesión particular que no sea legado. El problema, a nuestro entender, lo plantea la palabra «sucesión» del artículo 660 del Código Civil, pero si la sustituimos por «adquisición», el problema ya no es tal, y además se incluiría también en el concepto esas atribuciones legales, pues la única diferencia parece radicar en la procedencia de la atribución —ley o testamento—.

Ahora bien, si entendemos que el artículo 660 cuando dice que el legatario es el que sucede a título singular, se está refiriendo en realidad, a que adquiere en virtud de ese título, la falta de coincidencia entre ambas expresiones desaparece. Y nos parece más lógica esta interpretación por varias razones.

En primer lugar, porque si tomamos la palabra sucesión literalmente, y en su sentido más estricto y técnico, debemos llegar a la conclusión de que lo que dice este artículo no solo no sirve para nada, sino que además complica las cosas innecesariamente; pues ya hemos visto que en el legado no siempre se sucede al testador y no siempre se produce sucesión. Esto nos obliga a interpretarlo buscando un sentido que resulte coherente con el contexto en el que la norma está inserta (art. 3 CC), coherencia que quiebra si tras leer este precepto, nos vamos, con el concepto de legado que nos proporciona, a leer los artículos 858 y siguientes sobre los distintos tipos de legados; y no todos coinciden con la definición dada, lo cual no tiene mucho sentido. Sin embargo si entendemos que el citado artícu-

lo 660 dice que legatario es el que «adquiere» o «en favor de quien se efectúa una atribución a título singular», resulta que todos los legados regulados en la sección correspondiente encajan en ese concepto.

En segundo lugar, al definirlo desde el punto de vista de la adquisición, o lo que es lo mismo, de la naturaleza del título por el que se efectúa la atribución —lo que se adquiere dependerá del título—, obviamos el problema del distinto origen que la atribución puede tener (legal o voluntaria); problema que, en realidad no es tal, pues los efectos son los mismos. Se trataría de contemplar los puntos de coincidencia, más que las diferencias; siempre que estas no supongan una diferencia de régimen jurídico.

Naturalmente que cuando decimos que los efectos o el régimen jurídico es el mismo, lo estamos haciendo en un sentido amplio y general, es decir, en ambos casos el adquirente lo es a título singular, lo que lleva consigo una serie de consecuencias, como que no va a responder de las deudas, etc., pero no queremos significar con ello que no exista en absoluto ninguna diferencia, como también las hay entre los distintos legados que regula el Código Civil, e incluso, lo que no regula: el legado de parte alícuota; cada uno tiene su propio régimen jurídico y no por eso dejan de ser legados.

De esta forma, al contemplarlo como atribución, resulta más sencillo proporcionar una definición de legado en la que se vean reflejados los distintos tipos, sin tener que hacerlo en un ámbito puramente negativo.

Por otro lado, el Código no utiliza una terminología muy precisa; así el artículo 891 cuando habla de «herencia» para referirse a «bienes»; o el artículo 799 que emplea la palabra «condición», cuando en realidad se refiere al término; y esto, unido a las razones anteriormente apuntadas, hace que no nos inclinemos a tomar la palabra «sucede» referida al legatario, del artículo 660 en un sentido literal.

Resumiendo lo hasta ahora expuesto, podemos destacar lo siguiente: lo característico del legado es el título; título, que, por ser particular, carece de fuerza expansiva, por lo que el legatario va a recibir únicamente aquello que le ha sido atribuido, a diferencia de lo que ocurre con el título universal que, por su propia naturaleza, va mucho más allá de las disposiciones efectuadas por el testador. Consecuencia de ello es que el legatario va a ser un simple adquirente de bienes o derechos patrimoniales, no un continuador de la situación jurídica del *de cuius*. Lo que se adquiere por título singular será solo activo, proceda de la voluntad del testador o de la ley.

Suele decirse que el legatario es un adquirente de cosas o derechos concretos y determinados. Nosotros no creemos que la determinación o indeterminación de lo atribuido sea decisivo, sino que lo decisivo será percibir únicamente lo que se ha dispuesto a su favor. El artículo 1056 permite al testador efectuar la partición de sus bienes, lo que supone que está asignando cosas concretas a sus herederos sin que por ello se conviertan en legatarios.

El legatario no asume personalmente las obligaciones del causante; solo va a responder cuando este le grava especialmente con una deuda o le impone otro tipo de gravamen, o cuando la herencia se distribuye en legados (art. 891), pero aún en este caso, su responsabilidad está limitada al valor de su atribución; responde *intra vires,* sin necesidad de solicitar la limitación de responsabilidad; el título en virtud del cual es llamado, no autoriza otra cosa. Lo que se atribuye por este título son valores patrimoniales; sin embargo, no es necesario que esta disposición conlleve el enriquecimiento del adquirente, pues este puede resultar gravado con una carga que absorba la totalidad de su valor. Parece ser suficiente, para que exista legado, que al beneficiario del mismo se le haya «contemplado» o «tenido en cuenta»,

aunque luego este «recuerdo testamentario» no suponga ninguna ventaja para el legatario, si bien es cierto que en la mayoría de los casos al testador le mueve un ánimo de liberalidad, ello no es esencial en el legado.

II. DEFINICIÓN DE LEGADO: LA STS DE 28 DE MAYO DE 1994

Teniendo en cuenta todas las precisiones realizadas hasta el momento, podemos definir el legado como *atribución efectuada por causa de muerte y a título singular de un valor patrimonial activo, hereditario o no, que, procedente de la ley o del testador, concede al beneficiario una pretensión autónoma contra el gravado*.

Es una definición que podemos calificar de genérica, para la que hemos utilizado una fórmula amplia y en la que solo hemos querido recoger aquellas notas comunes que concurren en todos los tipos de legados. Al conceptuarlo como atribución de un valor patrimonial activo, queremos poner de relieve que su objeto serán relaciones jurídicas que tengan un valor económico, patrimonial, excluyendo otras exentas de ese valor y en las que sucede el heredero; por ejemplo, el ejercicio de acciones de filiación. Será además un perceptor de activo dejando fuera el pasivo, en el que sin embargo sucede el heredero.

Se trata de una relación patrimonial que puede o no pertenecer al caudal hereditario, resaltando la posibilidad de legar cosas que no pertenecen al disponente. Hemos querido incluir en el concepto esas atribuciones legales, porque, para nosotros, lo decisivo y verdaderamente esencial al legado no es tanto su origen voluntario, aunque sin dejar de reconocer que este es el auténtico legado y que así ha sido históricamente, como que se trata de un llamamiento a título singular; y atribución singular por causa de muerte también la hay cuando es la ley la que hace el llamamiento, por lo que si se define de esta forma, no hay razón para excluirlas. De la misma manera que sigue existiendo sucesión universal y heredero cuando la ley, a falta de testamento, los llama *ab intestato*.

Al decir que atribuye una pretensión autónoma contra el gravado[22], se trata de reconocer el derecho del legatario a exigir su cumplimiento y también de distinguirlo del modo, aunque las diferencias entre ambas figuras son muy relativas; no obstante buena parte de la doctrina niega al beneficiario de este (si es que existe un beneficiario concreto) esa posibilidad, aunque por supuesto no existe unanimidad al respecto[23].

Conviene destacar aquí la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de mayo de 1994, en la que a propósito de la distinción entre institución modal y legado, el Alto Tribunal señala que «la institución modal es aquella en la que el testador impone al heredero instituido o al legatario designado la obligación de hacer u omitir algo para una finalidad determinada, pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, *pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación, pues en este supuesto se estaría ante un legado*».

No lo hemos definido como sucesión (es decir, que el objeto legado pertenezca al testador) porque ya hemos señalado que ello no es esencial, y, de hecho, falta en muchas ocasiones; hemos preferido considerarlo como atribución, pues esta nota es común a todos los legados, y siempre hay atribución. Tampoco hemos destacado la nota de la liberalidad, pues si bien es habitual, no se da siempre, y a veces el testador lo que hace es ordenar un legado para, a continuación, pedir al legatario que haga algo con cargo a lo recibido, y en esto se le va toda la atribución; en estos casos parece que más que legado, lo que hay es un encargo al legatario para el cumplimiento del cual le proporciona los medios necesarios[24].

Por último, y para nosotros lo verdaderamente esencial, es que la atribución se haga a título singular; esto nos parece decisivo, pues sin esta nota se estaría invadiendo el terreno de la institución de heredero, y ya hemos señalado algunas de las diferencias que separan ambos institutos, amén de la distinta función que ambas desempeñan.

III. LA LEGÍTIMA COMO LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA

En nuestra opinión, la solución de este problema está en conexión directa con el de la naturaleza jurídica de la legítima, más concretamente, si el contenido de la misma debe consistir en una parte de herencia —*pars hereditatis*—, o, si por el contrario, se trata de solo bienes. Si mantenemos que el legitimario debe necesariamente ser heredero (cosa que ocurriría si entendiésemos que la legítima es parte de herencia), evidentemente la respuesta al interrogante no puede ser sino negativa, pero si, por el contrario, se admite que puede ser atribuida por otro título, la solución será distinta.

A continuación expondremos las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales, que evidentemente no se refieren a si la legítima es o no un legado parciario por no admitir los legados legales, sino fundamentalmente, a si se trata de una parte de herencia o de bienes, lo que en el fondo es lo mismo, pues si se considera que la legítima es *pars bonorum,* no es sino un legado de cuota, al menos, en nuestra opinión. Se han propuesto otras posturas, como *pars valoris* o *pars valoris bonorum,* a las que haremos breve referencia.

1. Naturaleza jurídica de la legítima

En el estudio de este problema han destacado fundamentalmente dos tendencias; la que considera que es *pars hereditatis*, en cuyo caso el legitimario debe ser necesariamente heredero, pues le correspondería una parte de herencia que, considerada en sentido técnico, comprende activo y pasivo. Los partidarios de esta línea de pensamiento sostienen la existencia de tres tipos de delación, a saber, la testada, intestada y forzosa[25]. Y aquella otra que mantiene que la legítima es *pars bonorum*, por lo que el legitimario tendría únicamente una participación en el activo neto, es decir, no respondería personalmente de las deudas, pero resultaría afectado por ellas[26]. Sus defensores opinan que no hay una tercera forma de delación —la forzosa— además de la testada e intestada. Se han formulado otras teorías y no han faltado quienes han entendido que la legítima es una prohibición de disponer[27], o como *pars valoris* o *pars valoris bonorum*. Según aquella —*pars valoris*—, el legitimario tendría solo un derecho de crédito frente al caudal relicto[28]. Mientras que para los que consideran que se trata de *pars valoris bonorum*, el legitimario ostentaría un derecho de garantía sobre los bienes relictos, pero no necesariamente derecho a esos mismos bienes. Se trataría de una especie de titularidad sobre parte del valor en cambio de los bienes que integran el patrimonio hereditario, y teniendo la naturaleza correspondiente a un derecho real de realización de valor que actuaría a modo de carga o gravamen sobre todo el patrimonio hereditario[29].

Para algunos autores, el legitimario necesariamente debe ser heredero. Como argumentos en favor de que se trata de una cuota de herencia se citan, entre

otros, los artículos 806 y 807 del Código Civil, que denominan a los legitimarios herederos forzosos. En este sentido, ORTEGA PARDO, G[30]. sostiene que el legitimario es siempre heredero, pues así los califica el artículo 806, y cuando el testador le atribuye bienes concretos para satisfacer su derecho no se transforma en legatario, sino que sigue siendo heredero, cualidad que la ley, imperativamente, dispone que tenga y de la que el testador nunca le puede privar, sino que se trata de un acto particional efectuado por el testador en virtud de la facultad que le confiere el artículo 1056 del Código Civil. Y cuando existe testamento —dice el autor—, las palabras del artículo 815 «por cualquier título» deben interpretarse en el sentido de que el testador puede atribuir la legítima ya *in natura* o en bienes determinados.

No obstante, otro sector doctrinal basándose en el artículo 815 del Código Civil, que parece permitir otorgar la legítima por cualquier título, defiende la opinión de que el legitimario no tiene por qué ser siempre heredero, sino que puede ser legatario o incluso donatario[31]. Idéntica conclusión parece desprenderse del artículo 821.2.° al disponer que «el legatario que tenga derecho a legítima…». En este sentido VIRGILI SORRIBES, F. opina que «los legitimarios, en nuestro Derecho positivo, tienen el nombre de herederos forzosos; pero de herederos, tal vez solo tengan eso: el nombre». «En realidad, de verdad, el mal llamado heredero forzoso no es más que un acreedor de la herencia líquida, que tiene un derecho intangible por ministerio de la ley a una porción de los bienes que la integran».

A la vista de tales opiniones pudiera pensarse que niega que el legitimario pueda ser heredero[32], cosa que el autor no solo admite, sino que considera ser este el supuesto más frecuente en la práctica, entendiendo que en tal caso la condición jurídica del heredero legitimario es mixta: es heredero voluntario porque lo ha instituido el testador, y es heredero forzoso o legitimario, porque la ley le concede una cuota intangible en el as hereditario.

Para GARRIDO DE PALMA, V. M.[33], la terminología legal —herederos forzosos— no es exacta. Al legitimario, por el hecho de serlo, no tiene por qué configurársele como heredero; es un adquirente de bienes al que las deudas le afectan económicamente, pero de las que no responde directa y personalmente. El artículo 815 del Código Civil, al permitir que la legítima se deje «por cualquier título», confirma la posibilidad de que el título por el que se la atribuye pueda ser, no solo la institución de heredero, sino también el legado, o la donación *inter vivos*. Según VALLET DE GOYTISOLO, J. B.[34], la expresión «herederos forzosos» no es sino una reminiscencia histórica, una denominación tradicional, actualmente sin significado técnico. Se han conservado las palabras, pero han perdido su significado.

ROCA SASTRE, R. M.[35] también acepta que la legítima se atribuya por cualquier título, aunque a los legitimarios les considera meros perceptores o derechohabientes o incluso, sucesores a título singular. Descarta que necesariamente deban ser herederos, sin perjuicio de admitir que el testador pueda designar al legitimario como tal, pero en su opinión, en el régimen del Código Civil no puede haber heredero contra la voluntad del causante; podrá serlo por su voluntad o sin ella (sucesión intestada), pero no en contra de la misma.

2. LA LEGÍTIMA Y EL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA

Nosotros, por nuestra parte, opinamos que la legítima puede ser atribuida por cualquier título y no solo a título de heredero. Y ello por varias razones: uno de los argumentos utilizados a favor de que debe ser sucesor universal es que el Código denomina a los legitimarios herederos forzosos; sin embargo, este argumento no

nos parece en absoluto decisivo, pues como ya hemos señalado en otro lugar y ha puesto de relieve la mayoría de la doctrina, el Código Civil adolece de una gran imprecisión terminológica y más en este punto, pues los términos herencia y heredero son utilizados en varios de sus preceptos de forma muy poco afortunada. Por ejemplo, el artículo 807 menciona, dentro de los herederos forzosos, al cónyuge viudo cuando, como es sabido, este no es heredero, dado que su legítima es en usufructo[36]. El artículo 813 dispone, a su vez, que el testador no podrá privar a los herederos de su legítima... Es evidente que cuando una persona otorga testamento, sus descendientes o ascendientes aún no son herederos, porque para ello es necesario que aquel fallezca, pese a lo cual el Código les da esa denominación, a todas luces impropiamente. También el artículo 891 utiliza la palabra herencia como sinónimo de bienes. Más claramente, el artículo 815 del Código Civil empieza hablando del heredero forzoso para, a continuación, disponer que la legítima que a este corresponde puede ser atribuida por cualquier título. Parece evidente que este precepto está utilizando la expresión «heredero forzoso» como sinónimo de legitimario, pues si tuviese que ser heredero, en pura lógica, no podría permitir acto seguido que su derecho se asigne por cualquier título. Que el legitimario no tiene por qué ser heredero nos lo demuestra el artículo 806 al definir la legítima como «porción de bienes...»; la herencia no son solo bienes, sino también derechos y obligaciones (art. 659).

No debemos olvidar que el artículo 818 del Código Civil establece que para fijar la legítima habrá que atender al valor de los bienes al tiempo del fallecimiento del testador con deducción de las deudas y cargas, y en el apartado 2.° dispone que al valor líquido de los bienes... No cabe duda de que este precepto está imponiendo que la legítima se calcule sobre activo neto, lo cual va en contra del concepto de herencia que sigue nuestro Código[37]. Sin embargo, encaja perfectamente en lo que es la sucesión particular[38]. Más concretamente, en un legado de cuota[39], pues se está definiendo como porción de bienes, que además se calculará después de haber satisfecho las deudas y cargas de la herencia; es decir, nos encontramos ante una alícuota (un tercio, dos tercios, la mitad) de activo hereditario neto.

Por otro lado, el párrafo 2.° del artículo 821 admite con toda claridad que pueda satisfacerse por medio de un legado al disponer: «El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere el importe de la porción disponible y la cuota que le corresponda por legítima».

Pero no solo en el Código Civil se encuentran preceptos que permitan defender tal postura. El artículo 15 LH dispone: «Los derechos del legitimario de parte alícuota que no pueda promover el juicio de testamentaría por hallarse autorizado el heredero para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles, se mencionarán en la inscripción de los bienes hereditarios. Aquí claramente se están contraponiendo el heredero y el legitimario, aunque también debe reconocerse que no toda la doctrina admite su aplicación a los legitimarios del Código Civil…[40], pero este es un tema en el que no vamos a entrar, ni tampoco a pronunciarnos sobre él, únicamente pretendemos poner de manifiesto que en el mismo parece darse a entender que una cosa es ser heredero y otra legitimario.

A la vista de esta regulación pudiera parecer que la tesis que encuentra más apoyo en el Código es la que sostiene que donde hay herencia no hay legítima, configurándose la misma, más como sucesión particular, en la medida que consiste en una fracción de activo neto; no obstante el artículo 815 establece: «El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma», con lo que parece estar admitiendo que lo importante es que le deje a sus legitimarios la porción

mínima que la ley le impone, con independencia del título por el cual realice esta atribución.

Los artículos 1035 y siguientes, relativos a la colación, configuran a las donaciones hechas a legitimarios como un anticipo de legítima[41], con lo que se está admitiendo que esta puede ser atribuida en virtud de tal título, pues el artículo 1047 dispone que el donatario tomará de menos cuanto ya hubiese recibido, y desde luego, si lo atribuido de esta manera es suficiente para cubrir el importe de la porción que le corresponde, es evidente que el donatario no será heredero, pero tampoco legatario a pesar de que, según el Código, este parece ser el título normal de atribución, o más concretamente, la conceptúa como una atribución a título singular[42].

En nuestra opinión, la legítima supone una limitación a la libertad del disponente en la medida en que la ley le impone la obligación de reservar bienes cuyo valor alcance una determinada proporción que la misma establece, variable dependiendo de quienes sean los legitimarios; bienes que necesariamente (forzosamente)[43] deben ir a parar a estos, impidiendo así que personas extrañas a ese círculo puedan participar en el patrimonio del causante en una cuantía superior a la parte disponible.

En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de enero de 1950, señala que «la ley restringe la libertad de disposición, mandando que se respeten los derechos reservados a los herederos forzosos».

Con tal expresión no debe entenderse que los legitimarios deban ser instituidos herederos[44], sino que se trata de personas que forzosamente —al menos es forzoso para el *de cuius* respetar ese derecho— deben recibir un mínimo de bienes de su causante (en la cuantía que la ley establece); ahora bien, el título por el cual el testador cumpla con este deber impuesto por la ley es elección suya, siendo posible, en consecuencia, satisfacer la legítima instituyendo herederos o nombrando legatarios, pudiendo en este último caso, hacerse a través de un legado parciario[45]. Incluso puede que esta atribución haya tenido lugar por un acto *inter vivos,* como la donación. Pudiendo elegir, además del título, la naturaleza de los bienes en que va a pagarse, esto es, bienes hereditarios o dinero, hereditario o no[46], pues así lo reconocen los artículos 1056.2, 1062 y 841 del Código Civil.

Ahora bien, teniendo en cuenta la regulación del Código, parece que la configuración normal de la legítima es un legado de parte alícuota, o para ser más exactos, una atribución a título particular y de contenido indeterminado, pues como ya hemos visto, se define como porción de bienes y debe calcularse una vez liquidadas las deudas y cargas[47], igual que, como se ha puesto de relieve en líneas anteriores, ocurre con el legado parciario.

Por tanto, si el testador dispone que deja a sus hijos, por ejemplo, lo que por legítima corresponde, sin más añadidos, estos tendrán derecho únicamente a la cuota correspondiente de activo neto, es decir, su posición será la de un legatario de parte alícuota[48]. Para que sean donatarios, herederos, o incluso legatarios de cosa cierta, será necesario, en el primer caso, que el testador en vida le haya donado, y en los demás, que el testador expresamente, o al menos, de forma que revele su voluntad en ese sentido, les instituya herederos o les legue directamente el bien en cuestión. En otras palabras, que manifieste su voluntad, o de forma expresa, o de modo que se deduzca del conjunto del testamento. Pero si se limita a dejar lo que por legítima les corresponde, simplemente se está remitiendo a la ley; únicamente cumple lo que esta dispone, y lo que establece es la atribución de una porción ideal, a título singular y por causa de muerte, lo que viene a coincidir con la definición de lo que sería un legado parciario[49], en la medida en que se considera como cuota de bienes (art. 806 CC) que se calculará tras haber liquidado el pasivo (art. 818 CC). La única

diferencia con el legado de parte alícuota —aparte del origen, legal o voluntario— es que a este el testador le puede imponer un gravamen, incluso que llegue a absorber la totalidad de lo atribuido, cosa que no es posible tratándose de un legitimario; pero aún esta diferencia es relativa, dada la posibilidad de gravar o disponer del tercio de mejora en favor de otros descendientes. En la actualidad no debe olvidarse que el artículo 808, que permite gravar el tercio de legítima estricta a favor de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado.

3. Justificación de lo expuesto

Tal vez a la postura que hemos mantenido en líneas anteriores se le pueda objetar que sería tanto como defender la existencia de un legado legal, cuando toda la doctrina rechaza tal solución, aunque se admita que la ley hace atribuciones por causa de muerte y a título singular, como la legítima, pero tales atribuciones no pueden ser consideradas legados, puesto que este, necesariamente, debe proceder de la voluntad del testador[50]. En tales casos se prefiere hablar de una sucesión anómala[51]. Lo cierto es que, incluso si investigamos los antecedentes históricos del legado, nos encontramos con que este ha sido siempre ordenado en testamento, por voluntad del *de cuius*. Así ocurrió en el Derecho Romano, en que era una disposición contenida en testamento sobre bienes concretos y a cargo del heredero[52]. Incluso en las Partidas tenemos la misma exigencia en la Ley I, título IX, de la partida 6.a. Insistiendo en la necesidad de ser hecho en testamento, so pena de no ser válido, la Ley XXXIIII, título IX de la partida 6.a.

Sin embargo, en el Código Civil no hay un solo precepto que exija que para que exista legado este deba proceder de la voluntad del testador. Muy al contrario, el artículo 660 identifica el legado con la sucesión particular, sin hacer ninguna excepción, aclaración o especificación. El artículo 658.1 dispone lo siguiente: «La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y a falta de este por disposición de la ley».

Es decir, la sucesión (no la herencia), que puede ser universal o particular (arts. 660 y 668), puede tener lugar por voluntad del testador o por disposición de la ley, y eso tanto la universal como la particular; si luego analizamos el artículo 660 del Código Civil cuando dice que el que sucede a título singular será legatario, no entendemos por qué razón el que recibe *ex lege* una atribución patrimonial determinada no puede ser legatario[53]. A continuación, los artículos 659 y 661 hablan respectivamente de lo que la herencia contiene y los herederos reciben, es decir, activo y pasivo; y como en el pasivo solo van a suceder los sucesores universales (salvo que el testador grave especialmente al legatario con alguna deuda), por eso utilizan específicamente las palabras herencia y heredero, no sucesión y sucesores, como el artículo 658, porque estos pueden ser, como sabemos, universales y particulares, y solo los primeros suceden en el activo y el pasivo, que es a lo que se refieren los citados preceptos.

En buena lógica, cuando el artículo 658 declara que la sucesión puede deferirse por voluntad del hombre o de la ley, tal vez deberíamos entender que se refiere a la sucesión en general, universal y particular, pues no hay nada que nos haga pensar que solo incluye a la universal; es más, en otros preceptos hemos visto que cuando se refiere a la una o a la otra, utiliza las palabras adecuadas; aunque debemos reconocer que, incluso intuitivamente, la palabra legado nos sugiere disposición graciosa, voluntaria, gratuita y con ánimo de liberalidad por parte del testador. Lo que ocurre es que el Código parece estar refiriéndose únicamente al

aspecto dinámico del proceso, es decir, en aquello que se transmite o se traslada al destinatario en virtud del llamamiento a título particular. Lo contempla solo desde la óptica del título, de lo que este, en su singularidad atribuye, sin consideración al origen del mismo (ley o voluntad del testador); y en este sentido, da igual de dónde proceda la atribución; lo decisivo es que el llamado a título singular va a recibir exclusivamente aquello que se le ha asignado, porque este título carece de fuerza expansiva, a diferencia de lo que ocurre con el título universal, que abarca más de lo dispuesto por el testador, pues reserva al así llamado la total posición jurídica del causante; nada de esto ocurre con el título particular; el adquirente va a recibir solo aquella o aquellas relaciones jurídicas, concretas o no, patrimoniales activas, que la ley o el testador le hubiese otorgado, sin que ello conlleve la correlativa adquisición de otro tipo de relaciones distintas de las que no se hubiese dispuesto efectivamente, como el pasivo y las no patrimoniales.

En definitiva, en nuestra opinión, tanto en el caso de atribución particular *ex lege* (supuesto de la legítima) como de legado propiamente dicho, el destinatario de la atribución va a recibir únicamente lo atribuido, con independencia del origen de la disposición. La naturaleza del título es la misma y los efectos prácticos también; ¿o es que la situación jurídica del cónyuge viudo usufructuario del tercio de mejora no es igual a la de, por ejemplo, un hermano del causante a quien este le ha legado el usufructo del tercio de libre disposición, o la del hijo a quien se le deja lo que le corresponde por legítima y la del sobrino a quien se le lega el tercio libre? Evidentemente, la posición de legitimario siempre implica alguna diferencia respecto del que no lo es, de la misma forma que hay diferencias entre los distintos legados regulados en el código, sin que por esa razón alguno de ellos deje de ser verdadero legado.

IV. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA: LA LEGÍTIMA COMO CUOTA DEL ACTIVO NETO O COMO CUOTA DE HERENCIA

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al menos en algunas de sus sentencias, considera la legítima como cuota de activo neto; en unas, porque así lo declara expresamente, y en otras, al admitir como pago de la misma un legado, si bien es de destacar que no ha seguido una línea uniforme, existiendo, por lo tanto, fallos que han declarado la legítima como cuota de herencia.

Ha seguido la primera postura la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de abril de 1997, en la que, al referirse a la determinación de la legítima dice: «Al ser esta parte alícuota de la masa hereditaria, es preciso fijar, mediante la correspondiente prueba, el líquido de la misma, que resulta de la diferencia entre el activo (suma del valor de los bienes del causante al tiempo de su fallecimiento) y el pasivo (deudas y cargas del testador hasta el momento de su muerte)». No obstante, cinco días más tarde, en la sentencia de 26 de abril de 1997, adhiriéndose a la doctrina sentada por otras anteriores, a las que cita, dice: «Esta Sala acepta aquella tesis según la cual la legítima es *pars hereditatis,* y así la sentencia de 8 de mayo de 1989 dice que la sentencia de 31 de marzo de 1970 establece que en nuestro Ordenamiento, por tener dicha institución (la legítima) la consideración de *pars hereditatis* y no de *pars valoris*, es cuenta herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario (...); esta calificación de la legítima como *pars hereditatis*, parte alícuota del caudal hereditario, con todo su activo y su pasivo...».

Sin embargo en las sentencias de 20 de junio de 1986 admite expresamente un legado como pago de legítima e insinúa que el título por el cual se atribuya carece

de trascendencia. Dice así: «...los demandantes, hijos y nietos del testador, tienen derecho a legítima (...), y cuyo derecho legitimario ha sido reconocido expresamente por el testador, aunque haya sido en concepto de legado, por lo que tanto da, pues la naturaleza de la legítima está transida más de una *vocatio* universal de esencia personalista en la transmisión sucesoria, que de una valoración económica cuantificada (arts. 806, 813, 817, 818 y sigs. del CC)...». Y más recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 1996, en la que se considera que citar a un heredero forzoso en el testamento atribuyéndole un legado, es suficiente para cumplir su deber de respetar la legítima, pues no es obligatorio instituir heredero a un legitimario, estos solo tiene derecho a legítima.

V. CONCLUSIONES

I. Una de las conclusiones a las que hemos llegado en este estudio no es otra que poner de relieve la gran imprecisión terminológica en el Código Civil en esta materia.

II. No hay en el citado cuerpo legal un solo precepto que exija que el legado deba proceder únicamente de la voluntad del testador; de hecho, en su articulado se contienen diversas atribuciones legales a título singular y por causa de muerte en las que no se observa ninguna diferencia de efectos frente a los legados propiamente dichos.

III. Entendemos que es posible, de hecho en nuestra opinión, la existencia en el propio Código Civil de legados legales, de los cuales, tal vez sea el más característico la legítima.

IV. En consecuencia, podemos afirmar que la legítima es un legado de parte alícuota.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada en las notas:

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1978): «Sucesor universal o heredero y sucesor particular o legatario», en *Revista de Derecho Privado,* julio-agosto, págs. 737-749.

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008): *Curso de Derecho Civil. Sucesiones.*

CUADRADO IGLESIAS, M. (2003): «Responsabilidad por razón de legados», en A. CABANILLAS SÁNCHEZ (coord.): *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo,* Tomo IV, Madrid, Civitas.

DÁVILA GARCÍA, J. (1943): «Herederos y legitimarios (donde hay herencia no hay legítima)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, t. 16, págs. 661-670.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012): *Sistema de Derecho Civil,* Tomo IV, vol. 2, Madrid, Tecnos.

FERRARA, C. (1923): «Estudios sobre la sucesión a título universal y particular con especial aplicación a la legislación española», en *Revista de Derecho Privado*, t. 10, págs. 323-333.

DE BUEN, D. (1981): *Notas al curso elemental de Derecho Civil de Colin y Capitant,* Tomo VII, Madrid, Reus.

GARCÍA RUBIO, M. P. (1989): *Distribución de toda la herencia en legados,* Madrid, Civitas.

GONZÁLEZ PAKANOWSCA, I. (1985): *El legado de cosa ajena*, Madrid, Montecorvo.

LACRUZ BERDEJO, J. L. (1961): «Sucesión universal, sucesión a título de heredero y designación del heredero», en *Revista de Derecho Notarial,* núm. 32, págs. 41-138.
— (2009): *Elementos de Derecho Civil,* Tomo V, Madrid, Dykinson.
LASARTE ÁLVAREZ, C. (2013): *Principio de Derecho Civil, VII. Derecho de Sucesiones*, Madrid, Marcial Pons.
MORETÓN SANZ, M.ª F. (2008): «Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español (La *vicenda* modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales)», en *ADC.*
— (2010): «El legado alternativo y la facultad de elección o concentración: la mediación como fórmula recomendada judicialmente para la resolución de controversias patrimoniales y familiares derivadas de la sucesión *mortis causa»,* en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* septiembre-octubre, núm. 721, 2010, págs. 2406 a 2425.
— (2011): «La disposición del crédito hecha por el testador mediante legado: cláusulas testamentarias y legado de liberación o perdón de una deuda», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* marzo-abril, núm. 725, 2011, págs. 1695 a 1707.
NÚÑEZ MUÑIZ, M. C. (2001): *El legado de parte alícuota: su régimen jurídico,* Madrid, Edijus.
— (2012): «Revisión crítica y propuesta *lege ferenda* del concepto de legado de parte alícuota: cuestiones controvertidas sobre su posición en el reparto hereditario, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.*
O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2012): «El presente y el futuro del Derecho de Sucesiones: casos y cosas de la legítima», en D. JIMÉNEZ (coord.): *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor José González García,* Pamplona, Aranzadi.
ORTEGA PARDO, G. (1950): «Heredero testamentario y heredero forzoso», en *Anuario de Derecho Civil.*
REAL PÉREZ, A. (1988): *Usufructo universal del cónyuge viudo,* Madrid, Montecorvo, Madrid, Edisofer.
— (1988): *Intangibilidad cualitativa de la legítima,* Madrid, Civitas.
ROCA SASTRE, R. M. (1948): «Estudios de Derecho Privado. Sucesiones», en *Revista de Derecho Privado,* Tomo II, Madrid.
— (1976): *Notas al Tratado de Derecho Civil de Kipp. Derecho de Sucesiones,* Tomo V. Al cuidado de PUIG FERRIOL y BADOSA COLL. Barcelona, Bosch.
— (1981): *Estudios sobre Sucesiones,* Tomo II, Madrid, Artes Gráficas Soler.
ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1995): *Derecho de Sucesiones,* Tomo I, Barcelona, Bosch.
SALVADOR CODERCH, P. (1986): «El usufructo vidual intestado en el Derecho catalán», en *Revista Jurídica de Cataluña,* núm. 1, págs. 293-321.
TRAVIESAS, M.: «Legados», en *Revista de Derecho Privado,* t. 18, págs. 97-106.
VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1948): «Imputación de legados otorgados a legitimarios», en *Revista de Derecho Privado,* págs. 315-348.
— (1978): «Comentario al artículo 839», en M. ALBALADEJO GARCÍA (dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo IX, Madrid, Edersa.
— (1982): *Panorama de Derecho de Sucesiones, Tomo I, Fundamentos,* Madrid, Civitas.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 11 de enero de 1950.
- STS de 31 de marzo de 1970.
- STS de 20 de junio de 1986.
- STS de 20 de octubre de 1987.
- STS de 8 de mayo de 1989.
- STS de 31 de diciembre de 1992.
- STS de 28 de mayo de 1994.
- STS de 17 de julio de 1996.
- STS de 21 de abril de 1997.
- STS de 26 de abril de 1997.
- STS de 25 de septiembre de 2012.
- STSJ de Galicia, de 24 de abril de 2012.
- RDGRN de 22 de marzo de 2007.

NOTAS

[1] Ferrara, C. (1923), «Estudios sobre la sucesión a título universal y particular con especial aplicación a la legislación española», en *Revista de Derecho Privado,* Tomo X, págs. 322-333.

[2] Cfr. Vallet de Goytisolo, J. (1948), «Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios», en *Revista de Derecho Privado,* págs. 315-348. En parecido sentido, González Pakanowsca, I. (1985), *El legado de cosa ajena*, Madrid, Montecorvo.

[3] Real Pérez, A. (1988), *Usufructo universal del cónyuge viudo,* Madrid, Montecorvo, pone de relieve que la naturaleza jurídica de la legítima del viudo es controvertida, pero aún cuando bastantes sentencias afirmen *obiter dicta* y exclusivamente para argumentar en favor de soluciones en justicia, y no como fundamento del fallo, que el cónyuge viudo es heredero, el Tribunal Supremo está lejos de considerarlo como tal, y hoy no hay duda de que no lo es en cuanto tal legitimario, aunque pueda serlo, lógicamente, si el testador lo llama como heredero.

[4] «Legados» (1931), en *Revista de Derecho Privado,* Tomo XVIII, págs. 97-106.

[5] «Sucesor universal o heredero, y sucesor particular o legatario» (1978), en *Revista de Derecho Privado,* julio-agosto, págs. 737-749. *Curso de Derecho Civil, V. Sucesiones* (2008), Madrid, Edisofer.

[6] *Notas al Tratado de Derecho Civil de Kipp*. *Derecho de Sucesiones,* Tomo V (1946). Al cuidado de Puig Ferriol y Badosa Coll. Barcelona, Bosch.

[7] Vallet de Goytisolo, J. (1978), «Comentario al artículo 839» en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo IX, Madrid, Edersa, se refiere al usufructo del cónyuge viudo como «legado ya formal, ya tácito, ya *directamente legal*». De Buen, D. (1981), *Notas al Curso Elemental de Derecho Civil de Colin y Capitant*, Tomo VIII, Madrid, Reus, considera que los legados, atendiendo a su origen, pueden ser voluntarios, los ordenados por el testador, y forzosos, impuestos por la ley. La cuota usufructuaria del cónyuge viudo es un caso de «legado forzoso».

[8] «Sucesión universal, sucesión a título de heredero y designación del heredero» (1961), en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 32, págs. 41-138; *Elementos de Derecho Civil. Sucesiones* (2009), Tomo V, Madrid, Dykinson.

[9] *Derecho de Sucesiones*, Tomo III (1994), Bosch, Barcelona.

[10] «Sucesión universal, sucesión a título de heredero y designación del heredero», *ob. cit.* «Elementos de Derecho Civil», *ob. cit.*

[11] Tesis compartida también por García Rubio, M. P. (1989), *Distribución de toda la herencia en legados,* Madrid, Civitas, pues entiende que las normas de adquisición y entrega del legado no tienen cabida respecto a los bienes objeto del derecho de predetracción, cuya propiedad y posesión es adquirida *ipso iure* por el cónyuge supérstite sin la necesaria intervención del heredero o de persona encargada de efectuar la entrega; por otra parte, si se excluye el carácter

hereditario de la norma en examen, es obvio que los bienes del ajuar no pueden ser incluidos en el activo hereditario y, por tanto, no forman parte del patrimonio de responsabilidad en que se ha convertido la herencia del causante.

[12] *Derecho de Sucesiones,* Tomo I (1995), Barcelona, Bosch.

[13] Vallet de Goytisolo, J., en M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo. XI, *ob. cit.;* Salvador Coderch, P. (1986), «El usufructo vidual intestado en el Derecho catalán», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, págs. 293-321, opina que nada impide que, en un sentido amplio y desde luego impreciso se hable, al amparo del artículo 660 del Código Civil, de legado legal para referirse a casos de atribución *ex lege* a título singular, en las que se incluye la cuota legal usufructuaria.

[14] García Rubio, M. P., *ob. cit.;* Román García (1984), *El derecho de reversión legal*, Madrid, Montecorvo.

[15] *Ob. cit*.

[16] Iglesias Santos, J. (1962), *Derecho Romano: Instituciones de Derecho Privado,* Barcelona, Ariel.

[17] *Derecho Romano clásico* (1960).

[18] Vallet de Goytisolo, J. (1982), *Panorama de Derecho de Sucesiones*, Tomo I. *Fundamentos,* afirma que al incluirse en la definición del legado el dato de que «lo deja el testador» se excluyen del concepto los llamados *legados legales*, que, en cambio, sí caben en caso de que, más genéricamente, se defina la figura como atribución a título singular.

[19] Lasarte Álvarez, C. (2013), *Principios de Derecho Civil, VII. Derecho de Sucesiones,* Madrid, Marcial Pons, opina que el ascendiente donante tendrá cuando menos los mismos derechos, si bien *ex lege,* que el legatario de cosa determinada.

[20] Vid. Moretón Sanz (2008), «Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español (La *vicenda* modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales)», en *ADC*, pág. 635.

[21] Román García, A., «El derecho de reversión legal», *ob. cit.,* considera que a quien le sean atribuidos, o reciba una serie de derechos singulares, o un derecho singular en una relación jurídica anterior, será un sucesor a título particular. El derecho de reversión legal provoca una delación autónoma, independiente, particular, especial o excepcional, a favor del ascendiente donante, que debe ser considerado como sucesor en virtud de lo dispuesto por la ley. Lacruz Berdejo, J. L., «Elementos de Derecho Civil», *ob. cit.,* Tomo V, lo considera un «legado legal» impuesto al causante directamente, que produce sus efectos a causa de muerte y como atribución de unos objetos concretos por título sucesorio singular. Para Álvarez Caperochipi, J. A. (1990), «Curso de Derecho Hereditario», *ob. cit.,* Madrid, Civitas, se trata de una sucesión legal particular.

[22] Vallet de Goytisolo, J., «Panorama de Derecho de Sucesiones», *ob. cit.,* Tomo I, considera indudable que al legatario se le confiere una pretensión autónoma que normalmente implica alguna ventaja, aunque sea moral, para el legatario.

[23] Puig Peña, F. (1958), «Tratado de Derecho Civil español», en *Revista de Derecho Privado,* Tomo V, Vol. I, Madrid, señala que aún cuando el Código guarda silencio sobre las personas que tienen acción para reclamar el cumplimiento del modo, debe entenderse que están legitimadas las personas directamente beneficiarias. En idéntico sentido se manifiesta López Vilas, R., *ob. cit.,* tras reconocer que la nota más destacada por la doctrina para diferenciar el legado del modo, es la falta de acción de los beneficiarios para exigir el cumplimiento del modo, a diferencia de lo que ocurre en el legado, él considera que la acción para pedir y obtener el cumplimiento del modo testamentario corresponderá a los beneficiarios del mismo. Se manifiesta en contra de esta postura De los Mozos, J. L. (1978), «El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LXII, págs. 223-234, pues considera que los legitimados, para instar el cumplimiento del gravamen, serán los albaceas o los herederos que carecen de interés propio en su cumplimiento, ya que obran como «curadores» de los intereses y de la voluntad del causante. Al no producir el modo la atribución de un derecho al favorecido, no es preciso que este sea capaz, incluso ni siquiera que sea persona (ya que puede resultar favorecido un animal o incluso un sentimiento). Por su parte, Roca Sastre, R. M., «Notas a Kipp», *ob. cit.,* Tomo I, considera que los interesados en el cumplimiento del

modo están legitimados con eficacia formal, es decir, pueden reclamar tal cumplimiento mas no para sí, pues carecen de un verdadero derecho subjetivo.

[24] García Fernández, M. (1994), *Herencia y patrimonio familiar en la Castilla del antiguo régimen*, Valladolid, Secretariado de Publicaciones, Universidad D. L., señala como una de las causas motrices de la realización de legados testamentarios además de la generosidad o la obligación, el interés del propio testador.

[25] González Palomino, J. (1946), «Estudios de arte menor sobre Derecho Sucesorio: el acrecimiento en la mejora», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* págs. 513-556, opina que en nuestro Derecho existen por lo menos tres tipos de delación, aparte de la testada e intestada, la legitimaria, regida exclusivamente por las normas legales y es autónoma, independiente y distinta, técnica y legalmente, de las otras dos. En sentido parecido se pronuncia García García, M. P. (1996), *La sucesión por derecho de transmisión,* Madrid, Civitas, al considerar como solución más aceptable la que entiende que la legítima implica una clase especial de vocación, que es la vocación legal o forzosa, distinta de la testamentaria y de la abintestato, dado que en ella existe un llamamiento legal, es decir, establecido por la Ley respecto a una porción de bienes a favor de los legitimarios. En contra, Roca Sastre (1981*), Estudios sobre Sucesiones,* Tomo II, Madrid, Instituto de España; Puig Brutau, J. (1991), *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, vol. III, Barcelona, Bosch.

[26] En este sentido, González Collado, S. (1946), «El legitimario no es sucesor», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* t. 3, págs. 533-541; Roca Sastre, R. M., «Estudios de Derecho Privado», *ob. cit.,* Tomo II, pese a considerar la legítima como *pars valoris bonorum*, en ocasiones da la impresión de que la considera parte de bienes, pues dice: «La concepción de la legítima como derecho a una parte alícuota de saldo activo de la herencia permite reforzar la doctrina del legado de parte alícuota en un punto de gran interés, que consiste en afirmar el derecho de dicho legatario a una parte de los bienes hereditarios, según las reglas de la partición hereditaria. El legitimario tiene, efectivamente, derecho a una *pars bonorum* (art. 806), que no se le podrá atribuir hasta que se hayan deducido las deudas (art. 818)»; Real Pérez, A. (1988), *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Madrid, Civitas.

[27] Pascual Lacal, «Herederos legitimarios» (1945), en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 210, págs. 721-723.

[28] Parece seguir esta postura Virgili Sorribes, F. (1945), «Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, t. 18, págs. 479-494, opina que el legitimario tiene un derecho de crédito contra el heredero; sin embargo, pese a que le sigue considerando acreedor del heredero, sostiene que tiene derecho a una porción de los bienes que integran la herencia, con lo cual, parece que más bien habría que encuadrarlo entre los autores que defienden la teoría de que la legítima es *pars bonorum,* y, por tanto, atribuible por cualquier título. Creemos que la cuestión está en determinar a qué se entiende que tiene derecho cuando hay un crédito contra el heredero; esto es, si a recibir una cierta cantidad de dinero, o ese crédito puede serlo para obtener determinados bienes *in natura*. Y aquí nos encontramos con un problema de precisión del significado de las palabras utilizadas. Parece que el autor se refiere a crédito para obtener bienes de la herencia, no una cantidad de dinero, pues repetidamente, págs. 482 y 483, habla de la legítima como porción de bienes, parte de herencia líquida, activo hereditario. Por ello, parece adherirse más a la teoría que sostiene que la legítima es *pars bonorum*. O, para ser más exactos, el legitimario tiene un crédito contra la herencia, pero el contenido de la legítima será una serie de bienes.

[29] En este sentido, cfr. Roca Sastre, R. M., «Estudios de Derecho Privado», *ob. cit.,* Tomo II.

[30] «Heredero testamentario y heredero forzoso», en *Anuario de Derecho Civil*, 1950, págs. 321-361.

[31] Véase, entre otros, Puig Brutau, J., «Fundamentos de Derecho Civil», *ob. cit.,* Tomo V, vol. III. Gete Alonso y Calera, C. (1986), «Comentario de la sentencia de 20 de junio de 1986», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 12, pág. 3858; Real Pérez, A. (1988), *Intangibilidad cualitativa de la legítima,* Madrid, Civitas.

[32] Cfr. Dávila García, J. (1943), «Herederos y legitimarios (donde hay herencia no hay legítima)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, t. 16, págs. 661-670.

[33] «Visión notarial de la legítima», en *Revista de Derecho Notarial,* 1971.

[34] *Apuntes de Derecho Sucesorio* (1955), Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (1986), «Observaciones en torno a la naturaleza jurídica de la legítima», en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, págs. 3-68; «Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima», en *Anuario de Derecho Civil*, págs. 833-849, donde considera que el contenido de la legítima es *pars bonorum* (1947), *Las legítimas*, Tomo I, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

[35] «Naturaleza jurídica de la legítima», *ob. cit.;* «Estudios sobre sucesiones», Tomo II, *ob. cit*.

[36] En este sentido Maside Miranda, J. E. (1989), *Legítima del cónyuge supérstite,* Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, opina que aunque el Código Civil llama de una manera expresa al cónyuge viudo «heredero forzoso» (art. 807.3.°), es evidente, en pura técnica jurídica, que no es heredero porque su llamamiento no se hace a título universal, sino en usufructo... También Espejo Lerdo de Tejada, M. (1996), *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil,* Madrid, Marcial Pons, considera que en el caso del cónyuge viudo es muy claro que no se puede hablar propiamente de derecho hereditario, porque el usufructo no permite hablar de heredero...; y Real Pérez, A. (1988), *Usufructo universal del cónyuge viudo*, Madrid, Montecorvo, pone de relieve lo controvertido de la naturaleza de la legítima del viudo, pero destaca que aún cuando bastantes sentencias afirmen *obiter dicta* y exclusivamente para argumentar en favor de soluciones en justicia, y no como fundamento del fallo, que el cónyuge es heredero, el Tribunal Supremo está lejos de considerarlo como tal, y hoy no hay duda de que no lo es en cuanto tal legitimario, aunque pueda serlo si el testador lo llama como heredero. El Tribunal Supremo, en la sentencia de 20 de octubre de 1987, señaló que existen sustanciales diferencias entre el sucesor como usufructuario, aunque este lo sea universal, y el heredero, en cuanto que la herencia implica una adquisición traslativa del dominio, en tanto que el usufructo, aunque también adquisitivo, es constitutivo de un derecho real en cosa ajena; el usufructuario, a diferencia del heredero, no entra directamente en posesión de los bienes hereditarios, sino que ha de recibirla del heredero o del albacea y en cuanto el heredero responde de las deudas hereditarias con los bienes de la herencia y con los suyos propios, salvo el beneficio de inventario, mientras que el usufructuario no soporta tal responsabilidad, salvo casos excepcionales (arts. 506, 508 y 891), y si además no se olvida que es el nudo propietario el sucesor en la universalidad de las relaciones jurídicas activas y pasivas de la herencia, no siendo el usufructuario más que un sucesor de bienes, en la parte activa del patrimonio.

[37] Como se sabe, la herencia comprende activo y pasivo (art. 659 CC), y el legitimario no responde de este. Cfr. Roca Sastre, R. M., «Naturaleza jurídica de la legítima», en *Revista de Derecho Privado, ob. cit.,* y Lacruz Berdejo, J. L., «Elementos de Derecho Civil», *ob. cit.,* Tomo V, para quien el legitimario, en cuanto tal legitimario, no responde de las deudas del causante. El Código no le grava con tal responsabilidad, lo cual es un indicio de la falta de voluntad del legislador de que sea necesariamente heredero usufructuario.

[38] Cfr. Roca Sastre, R. M., «Estudios de Derecho Privado», *ob. cit.,* Tomo II; Dávila García, «Herederos y legitimarios», *ob. cit.;* Virgili Sorribes, *ob. cit*.

[39] Virgili Sorribes, *ob. cit.,* opina que el legitimario tendría, en todo caso, la condición de legatario de parte alícuota.

[40] Para Vattier Fuenzalida, este precepto sí resulta aplicable al derecho común, sin que por ello deba considerarse catalanizada la legítima del Código Civil, al menos en los casos de pago en metálico de la misma.

[41] En este sentido véase, entre otras, SSTS de 19 de julio de 1982 y 17 de marzo de 1989. También, entre otros, Roca Sastre, R. M., «Naturaleza jurídica de la legítima», *ob. cit.,* y «Estudios sobre Sucesiones», *ob. cit.,* Tomo II; Puig Brutau, J., «Fundamentos...», *ob. cit.,* vol. 3, Tomo V; Díez-Picazo, L., Gullón Ballesteros, A. (2012), *Sistema de Derecho Civil*, Tomo 4, vol. 2, Madrid, Tecnos; Rivera Fernández, M. (1995), «Comentario de la STS de 30 de enero de 1995», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 38.

[42] Al respecto, cfr. Roca Sastre, «Naturaleza jurídica de la legítima», *ob. cit.;* y Dávila García, «Herederos y legitimarios», *ob. cit.,* quien, al referirse al derecho de los legitimarios, habla del legado de legítima.

[43] Para González Palomino, J., «Estudios de arte menor», *ob. cit.,* la forzosidad representa solo la manera legal de decir que es independiente de la voluntad del causante.

[44] En este sentido, PUIG BRUTAU, J., «Fundamentos de Derecho Civil», *ob. cit.,* Tomo V, vol. III, opina que, a pesar de que el artículo 806 habla de herederos forzosos, no se encuentran propiamente herederos de esta clase en el Código Civil. Para que los hubiera sería necesario que una Ley atribuyera de manera directa y forzosa una cuota de la herencia a los legitimarios y que este llamamiento prevaleciera por encima de la omisión del testador, o que, en todo caso, se impusiera al causante la obligación de dejar siempre la legítima a título de herencia. Pero no ocurre nada de esto. Hay la sucesión testada y la intestada, pero no una tercera forma que sería la sucesión hereditaria forzosa. Para LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil», *ob. cit.,* la expresión «por cualquier título» del artículo 815 significa que la legítima no supone una atribución global a título de herencia, ni un deber del causante de nombrar heredero al legitimario, sino un deber genérico de atribución que puede cumplir el causante *inter vivos* o *mortis causa* —y en particular, en este segundo caso— por cualquier título. Para REAL PÉREZ, A., «Intangibilidad cualitativa de la legítima», *ob. cit.,* la expresión «heredero forzoso» es utilizado por el Código, más por respetar la tradición jurídica que por recoger la necesidad de que el legitimario sea instituido heredero por el testador.

[45] En este sentido, ROCA SASTRE, «La naturaleza jurídica de la legítima», *ob. cit.;* PÉREZ SAUQUILLO, G., «Responsabilidad del heredero respecto a los legados», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 6, págs. 219-256, opina que el título de heredero es independiente del de legitimario. Este tiene naturaleza legal, no naciendo de la voluntad del testador, e imponiéndose a las disposiciones de este: es un adquirente privilegiado al que la Ley rodea de garantías. El legitimario en cuanto tal no es heredero. Podrá ser un sucesor a título singular, o un adquirente *ex lege,* o un sucesor de cuota.

[46] Cfr. VATTIER FUENZALIDA, *ob. cit*.

[47] Así lo entiende VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Apuntes de Derecho Sucesorio», *ob. cit.,* pues, partiendo de que la legítima puede atribuirse por cualquier título, opina que debe considerarse como legado de parte alícuota la atribución hecha al legitimario a quien el causante le deje lo que por legítima corresponde, o le hubiere dejado a salvo su derecho sin designarle heredero ni legarle bienes concretos para su satisfacción. También es de la misma opinión PUIG BRUTAU, J., «Fundamentos de Derecho Civil», *ob. cit.,* t. V, vol. III, pues considera que, en el supuesto de que el testador se limita a evitar la preterición y manifieste que deja a los legitimarios lo que legalmente les corresponda, la indicada reserva de bienes no queda atribuida en concepto de herencia, pues solo existen herederos cuando los ha nombrado el testador o cuando procede la apertura de la sucesión intestada. Si no existe ninguna de estas dos posibilidades de que el legitimario sea heredero, la regulación legal atribuye al legitimario una parte de los bienes de la herencia *(pars bonorum),* o sea, del activo después de deducido el pasivo, pero no una parte de la misma herencia *(pars hereditatis),* que como tal debería ser una participación en el activo y en el pasivo. Por su parte, ROCA SASTRE, «Estudios de Derecho Privado», *ob. cit.,* sostiene que el legitimario a quien el testador se limita a mencionar en su testamento o a expresar en el mismo que le deja lo que por legítima le corresponda, tiene una posición jurídica equivalente a la del legatario de parte alícuota. No decimos que sea un legatario de parte alícuota —sigue el autor—, porque se trataría de algo que merecería el calificativo de legado legal, lo cual es una expresión contradictoria, porque legal significa que se funda en la ley, mientras legado significa atribución voluntaria; también «La naturaleza jurídica de la legítima», *ob. cit.* Para GONZÁLEZ PALOMINO, G., *ob. cit.,* la legítima es sucesión singular, pero no legado, si bien reconoce la semejanza entre la posición del legitimario y la del legatario de parte alícuota, al menos por lo que a responsabilidad por deudas hereditarias se refiere. SALVADOR CODERCH, P., «El usufructo vidual intestado en el Derecho catalán», *ob. cit.,* sin embargo, no ve inconveniente para que se hable de legado legal para referirse a las atribuciones *ex lege,* a título singular, aunque en un sentido amplio e impreciso, en las que se incluye la cuota legal usufructuaria.

[48] Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *ob. ult. cit.;* PUIG BRUTAU, J., *ob. ult. cit.;* ROCA SASTRE, R. M., *ob. ult. cit.;* para VATTIER FUENZALIDA, C., *ob. cit.,* al menos en los casos de pago en metálico, que es el supuesto que él analiza, la legítima se trata de un legado parciario que debe pagarse en dinero; SALVADOR CODERCH, P., *ob. cit*. Véase también la RDGRN de 23 de julio de 1986.

[49] Al respecto, véase NÚÑEZ MUÑIZ, M. C. (2001), *El legado de parte alícuota: su régimen jurídico,* Madrid, Edijus (2012), «Revisión crítica y propuesta *lege ferenda* del concepto de legado de parte alícuota: Cuestiones controvertidas sobre su posición en el reparto hereditario, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, págs. 1660-1686.

[50] Cfr., entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, M., «Sucesión universal y heredero, y sucesor particular o legatario», *ob. cit.;* LACRUZ BERDEJO, J. L., «Sucesión universal, sucesión a título de heredero y designación del heredero», *ob. cit.,* pág. 85; TRAVIESAS, «Legados», *ob. cit.*

[51] En este sentido, GARCÍA RUBIO, M. P., *ob. cit.;* ROMÁN GARCÍA, A. (1984), *El derecho de reversión legal,* Madrid, Montecorvo.

[52] IGLESIAS, J., «Derecho Romano», *ob. cit.*

[53] VALLET DE GOYTISOLO, «Panorama de Derecho de Sucesiones», *ob. cit.,* Tomo I, dice que al incluirse en la definición del legado el dato de que «lo deja el testador», se excluyen del concepto los llamados legados legales, que, en cambio, sí caben, en caso de que, más genéricamente, se defina la figura como atribución a título singular.

2. DERECHO MERCANTIL

Crónica judicial de un despropósito legislativo. El artículo 90.1.6 de la Ley Concursal

Judicial Chronicle of a Legislative Blunder. Section 90.1.6 of the Bankruptcy Act

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO
Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: La redacción del artículo 90.1.6 de la Ley Concursal está dando lugar a graves problemas prácticos y resoluciones judiciales opuestas en cuanto a la interpretación de dicha norma, residiendo el problema principalmente, en saber a qué se está refiriendo el legislador o a qué ha querido referirse cuando introdujo esta reforma legislativa: a una prenda de créditos futuros (interpretación correctora) o a una prenda en garantía de créditos futuros (interpretación literal), siendo necesario una reforma de dicha norma jurídica que ofrezca una adecuada respuesta al tratamiento de la prenda en el concurso de acreedores.

ABSTRACT: The wording of section 90.1.6 of the Bankruptcy Act is causing serious practical problems and conflicting judicial decisions stemming from the difficulty of interpreting the text. The problem mainly resides in ascertaining what the legislators who wrote the section were referring to, or what they meant to refer to: pledges of future loans (corrective interpretation) or pledges securing future loans (literal interpretation). A reform that does a better job at explaining how to deal with pledges in meetings of creditors is required.

PALABRAS CLAVE: Derecho Concursal. Prenda en garantía de créditos futuros. Prenda de créditos futuros.

KEY WORDS: Bankruptcy law. Pledge securing future loans. Pledge of future loans.

SUMARIO: I. LA INTERPRETACIÓN LITERAL FRENTE A LA INTERPRETACIÓN CORRECTORA DEL ARTÍCULO 90.1.6 DE LA LEY CONCURSAL.— II. UNA APROXIMACIÓN A LAS DIVERSAS RESOLUCIONES JUDICIALES EXISTENTES: A) SENTENCIAS QUE SIGUEN LA INTERPRETACIÓN LITERAL DE LA NORMA: (i) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de abril de 2014.* (ii) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de mayo de 2012 (Sección 15.ª), número 202, de 17 de mayo de 2012* (JUR *2012/312181).* (iii) *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 2, de La Coruña, de 9 de septiembre de 2013* (AC *2013/1577).* (iv) *Sentencia del Juzgado Mercantil de Alicante, de 12 de febrero de 2014.* B) SENTENCIAS QUE SIGUEN LA INTERPRETACIÓN CORRECTORA DE LA NORMA: (i) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.ª), número 180, de 4*

de julio de 2013 (JUR *2013/254330)*. (ii) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª), número 541, de 23 de octubre de 2012* (JUR *2013/36020)*. (iii) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª), número 132, de 10 de abril de 2012* (AC *2012/1794)*. (iv) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.ª), número 18, de 18 de enero de 2012* (AC *2012/274)*. (v) *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Alicante, número 210, de 20 de julio de 2012* (AC *2012/1220)*.—III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA.—IV. EPÍLOGO.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA INTERPRETACIÓN LITERAL FRENTE A LA INTERPRETACIÓN CORRECTORA DEL ARTÍCULO 90.1.6 DE LA LEY CONCURSAL

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, aprobada el 21 de septiembre de 2011 y en vigor desde el 1 de enero de 2012, introdujo en nuestro Ordenamiento Jurídico la siguiente reforma normativa:

«6.º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados. La prenda en garantía de créditos futuros solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso».

Sin duda, se trata de una de las reformas legislativas más desafortunadas que se han llevado a cabo en los últimos tiempos y que nos ofrecen clara idea de la capacidad del legislador actual a la hora de abordar el tratamiento de diversas instituciones jurídicas, en este caso, la que versa sobre el carácter privilegiado o no de la prenda de créditos futuros o en garantía de créditos futuros, puesto que de esto último y con carácter principal se trata en realidad, es decir, saber a qué se está refiriendo el legislador o a qué ha querido referirse cuando introdujo esta reforma legislativa: a una prenda de créditos futuros (interpretación correctora) o a una prenda en garantía de créditos futuros (interpretación literal).

Sin duda, mucho y bien se ha escrito ya sobre este «despropósito» normativo que tantas complicaciones nos está haciendo padecer en la práctica jurídica, tal y como expondremos a lo largo del presente trabajo, no siendo nuestro interés volver a profundizar sobre las polémicas interpretativas efectuadas al respecto, sino única y exclusivamente poder ofrecer la gravedad de la situación al respecto, lo cual, sin duda, puede ser observado a lo largo de las diferentes resoluciones judiciales que citaremos, bien entre aquellas que se adscriben a la conocida como interpretación literal, bien a las que se adhieren a la llamada interpretación correctora.

La polémica suscitada en relación a este artículo 90.1.6 de la Ley Concursal, nos recuerda en cierto modo a la que ya ofreciera otro precepto de nuestra legislación concursal, como es la que se produjo en torno al artículo 87.6 de la Ley Concursal en cuanto a la exégesis relativa en orden a determinar si el crédito del

acreedor del deudor concursado en el que goce de fianza de tercero especialmente relacionado con el deudor concursado ha de reconocerse y clasificarse como crédito subordinado o no en relación con la determinación temporal de dicha «contaminación», todo ello, con las consecuencias lógicas que ello implicaba, donde también existía una pugna entre la interpretación literal de la norma y la interpretación correctora de la misma[1].

Como expusimos en su momento, una primera interpretación doctrinal del artículo 87.6 de la Ley Concursal, que se llamó «literal», mantuvo la necesaria calificación del crédito en cuestión como crédito subordinado desde el momento mismo de la comunicación de dicho crédito, mientras que una segunda interpretación con mayor acogida en la doctrina y en las sentencias que trataron la cuestión defendió que dicha subordinación solo puede predicarse del crédito en cuestión, una vez realizado el pago por el fiador en sede concursal, esto es, postergando dicho momento temporal, después de la práctica —a nuestro juicio— de una ponderación de los intereses en juego según el *mos* de la conocida «jurisprudencia de intereses» y de un «utilitarismo interpretativo».

La regla del artículo 87.6 de la Ley Concursal (LC) establecía que «*los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador*» y ante las discusiones hermenéuticas surgidas en interpretación de dicha norma, el Real Decreto-ley 2/2009, de 27 de marzo, ha añadido al citado artículo 87.6 de la Ley Concursal la siguiente mención: «*Siempre que se produzca la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador*», terminándose con dicha inclusión la polémica sobre la aplicación del artículo 87.6 de la Ley Concursal, con triunfo de la que se conoció como interpretación correctora.

En nuestra opinión y más allá de la adhesión que uno pueda realizar en favor de la interpretación literal o correctora del artículo 90.1.6 de la Ley Concursal, a buen seguro será necesaria una nueva reforma legislativa que aclare definitivamente el sentido de esta «oscura norma» y con ello las dificultades prácticas que nos estamos encontrando en la aplicación de la misma.

II. UNA APROXIMACIÓN A LAS DIVERSAS RESOLUCIONES JUDICIALES EXISTENTES

A) Sentencias que siguen la interpretación literal de la norma

(i) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de abril de 2014*[2]

«Un sector relevante de la doctrina sostiene que la nueva redacción del artículo 90.1.6.º regula en su último inciso la prenda de créditos futuros… (de modo que)… el crédito garantizado con una prenda de crédito futuro no registrada solo extendería su privilegio a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso. Esta sección, por el contrario, en sentencia de 17 de mayo de 2012, ha mantenido que el artículo 90.1.6.º no trata de la prenda sobre créditos futuros, sino de la prenda en garantía de créditos futuros. La interpretación literal del precepto, a nuestro entender, no ofrece duda alguna. La norma utiliza la preposición "en" ("la prenda en garantía de créditos futuros") y no la preposición "de" o "sobre". La alusión al crédito rehabilitado conforme al artículo 68 LC corrobora que es la

obligación futura del concursado a la que alude la norma y no al crédito futuro objeto de prenda.

…la tramitación parlamentaria de la Reforma avala la interpretación… El principal argumento de quienes entienden que el artículo 90.1.6.º contempla la prenda de créditos futuros, en lugar de la prenda en garantía de créditos futuros es su ubicación sistemática. Dicho precepto contemplaría, en términos generales, la prenda clásica de bienes o derechos con desplazamiento de la posesión. La norma da un tratamiento singular, en primer término a la prenda de créditos, para cuya eficacia en el concurso basta con que conste en documento con fecha fehaciente. El último inciso constituiría, para los valedores de esta tesis, una especialidad en relación con la prenda de créditos en general, limitando el privilegio a los créditos nacidos antes de la declaración. Pues bien, el Anteproyecto… contemplaba "la prenda en garantía de créditos futuros" con una redacción similar a la del vigente… La enmienda 189 formulada por… CiU, que recoge el texto vigente, justifica la modificación (como sigue)… "si se otorgase financiación al concursado después de la declaración de concurso —créditos nacidos después del concurso— los derechos de prenda formalizados con anterioridad a dicha declaración carecerían de privilegio especial, es decir, devendrían absolutamente ineficaces, quedando el acreedor que hubiese otorgado la financiación privado de su garantía"… Por tanto la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros ha de analizarse con las mismas herramientas legales con las que contábamos antes de la Reforma. En concreto, con el mismo artículo 90.1.6.º LC, que considera privilegiados los créditos garantizados con prenda de créditos, siempre que consten en documentos con fecha fehaciente.

Pues bien, frente a quienes consideran que la prenda de créditos futuros se extiende en el concurso del pignorante a los créditos nacidos antes y después de la declaración, siempre que los créditos estén determinados (tesis de la inmunidad absoluta) y quienes, por el contrario, sostienen que la garantía alcanza únicamente a los nacidos con anterioridad (tesis estricta), nuestra jurisprudencia parece inclinarse por la llamada tesis intermedia, que es mayoritaria en la doctrina, para la cual es necesario que el contrato o la relación jurídica de la que nacerá el crédito se haya perfeccionado antes de la declaración, en cuyo caso, el privilegio se extiende a todos los créditos futuros, aunque se devenguen o sean exigibles con posterioridad.

Es esta última la tesis que estimamos sigue el artículo 90.1.º-6.º, prescindiendo de su inciso final. Como hemos señalado, el Tribunal Supremo la acogió en sentencia de 22 de febrero de 2008, en un supuesto de cesión de créditos futuros, es cierto, pero que el propio Tribunal Supremo asimila a la prenda, al mencionar en su fundamentación jurídica el segundo inciso del artículo 90.1.6.º LC. Dicha sentencia dice lo siguiente: Por tanto, entendemos que la prenda de créditos futuros se extiende a los nacidos tras la declaración, siendo oponible, en el concurso del deudor pignorante, a los terceros, siempre que el contrato o la relación jurídica del que dimanen se hubiera celebrado o constituido antes de la declaración. Esa es la opción del legislador. El crédito futuro debe estar determinado jurídicamente o ha de ser determinable sin una nueva convención. Y, en tal caso, aunque la garantía esté desprovista de publicidad, es eficaz en el concurso».

(ii) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de mayo de 2012 (Sección 15.ª), número 202, de 17 de mayo de 2012* (JUR *2012/312181)*

«*No es necesario acudir a la redacción actual del artículo 90.1.6.º, la cual, por otra parte, no trata de la prenda sobre créditos futuros, sino de la prenda en garantía*

de créditos futuros, para decir que solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso. En cualquier caso, no se ha cuestionado que el crédito del ICO, para el que se reclama el privilegio especial, nació antes de la declaración de concurso».

(iii) *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 2 de La Coruña, de 9 de septiembre de 2013* (AC *2013/1577)*

*«3.º Es indiferente que las prendas se hallen inscritas en registro público con anterioridad a la declaración de concurso, porque el artículo 90.1.6° se aplica a la prenda "en garantía de créditos futuros" y no sobre créditos futuros —no se aplica, por lo tanto, a este caso—. Es cierto que parte de la doctrina propone una interpretación correctora de este artículo. No obstante, la dicción clara de un precepto solo podrá ceder cuando existan poderosas razones que aconsejen desviarse de su tenor literal, y en este caso no las hay (resulta ilustrativo el artículo meticulosamente investigado de Geli Fernández-Peñaflor y Colldeforns Papiol, "*La preferencia de los créditos futuros garantizados con prenda tras la reforma del artículo 90.1.6° de la Ley Concursal *(RCL* 2003/1748)*", InDret 3/2012, www.indret.com). Ni de la tramitación parlamentaria ni de la lectura conjunta del precepto se infiere que nos encontremos ante un simple error del legislador que haya que subsanar mediante una interpretación correctora. Los tribunales de justicia están sujetos al ordenamiento jurídico (art. 9 de la Constitución), por lo que la interpretación correctora que parte de la doctrina propone es inasumible por este Tribunal, que estaría arrogándose una función creadora del Derecho que no le corresponde.*

En vista de las consideraciones anteriores, debe rechazarse la clasificación de la administración concursal, que procederá a la reclasificación de los créditos en el informe definitivo».

(iv) *Sentencia del Juzgado Mercantil de Alicante, de 12 de febrero de 2014*[3]

«Si la intención de la reforma del artículo 90.1.6.º LC, según ha expuesto uno de los miembros de la Comisión especial encargada de redactar el Anteproyecto de Reforma de la Ley Concursal (Alonso Ledesma), era aclarar el régimen concursal de la prenda de créditos futuros, y concretamente, su alcance, tomando como referencia la fecha de nacimiento del crédito, no la fecha de la celebración de la relación jurídica de la cual derive dicho crédito (como ocurre en otros ordenamientos), la redacción final del artículo 90.1.6.º LC dificulta enormemente extraer esa conclusión,… porque la norma no regula la prenda "sobre" o "de" créditos futuros sino la garantía "de" créditos futuros. …(tal dificultad que)… mas que forzar la norma lo que impone es modificarla y dotarla de una configuración distinta tanto respecto de: a) *el supuesto de hecho, de manera que, donde dice "la prenda en garantía de créditos futuros" debe decir "la prenda de créditos futuros", como* b) *de la consecuencia jurídica, y donde se preceptúa "solo atribuirá privilegio a los créditos nacidos", debe decir "solo atribuirá privilegio sobre los créditos nacidos".*

Por ello estimo que no es posible por imperativo del principio de legalidad y de seguridad jurídica (arts. 9 y 117 CE), ya que escapa a las posibles interpretaciones

del texto legal que marcan los límites de la exégesis judicial. Dicho de otra manera, los términos en los que aparece la norma no permiten, salvo que se sustituyan, considerar que el inciso final del artículo 90.1.6.º LC… regule… la prenda sobre créditos futuros.

Y parece excesivo considerar que nos encontremos ante una simple errata… cuando afecta a varias partes del precepto y a su redacción global y en la tramitación parlamentaria… nadie se apercibiese de ello… (y) la única enmienda entiende el supuesto de hecho en su sentido literal (la prenda en garantía de créditos futuros), sin que a posteriori *se haya rectificado (en)… las ulteriores reformas de la LC…».*

B) Sentencias que siguen la interpretación correctora de la norma

(i) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.ª), número 180-2013, de 4 de julio* (JUR *2013/254330)*

«*Suscita la recurrente, como base única de su recurso, una cuestión de estricto orden jurídico interpretativo referida al sentido y el alcance que deba darse a lo dispuesto en el artículo 90.1.6 de la Ley Concursal* (RCL *2003/1748) cuando dice literalmente: "la prenda en garantía de créditos futuros solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso".*

Cuestión que ha sido discutida tanto por la doctrina como por las incipientes resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil y Audiencias Provinciales, y, que a juicio de esta Sala, tras analizar lo argumentado por una y otra parte en pro de sus respectivas tesis, considera que ha sido bien analizada y resuelta por la sentencia apelada en su Fundamento de Derecho primero que, por consiguiente, compartimos y refrendamos dándole aquí por reproducido en evitación de innecesarias repeticiones.

Si bien es cierto que la interpretación, meramente —literalista e histórica— que propugna y desarrolla la recurrente goza de cierto predicamento doctrinal e incluso judicial (por ejemplo, SAP de Barcelona, de 17 de mayo de 2012) estima este Tribunal que la línea interpretativa que sigue y explica la sentencia apelada, más restrictiva y menos literalista, resulta más razonable y tiene un mayor y más sólido fundamento legal, contextual y teleológico. Además de que, hoy por hoy, resulta mayoritaria en los Juzgados especializados de lo Mercantil y Audiencias Provinciales que han conocido directa u obiter dictum *del asunto (por ejemplo, sentencias AP de Burgos, de 19 de octubre de 2011 y 18 de enero de 2012; de Valencia, de 10 de abril de 2012; de Zaragoza, de 23 de octubre de 2012, o SSJM de Alicante, de 20 de julio de 2012) es la que mejor se ajusta a la realidad social actual y a lo querido por el legislador y las normas y principios inspiradores del concurso de acreedores y reforma que del mismo quedó plasmada en la Ley 22/2003.*

Suscita el precepto referido, precisamente por no venir correctamente redactado ni definir con la claridad necesaria los derechos derivados de la prenda de créditos futuros, ciertas dudas e incertidumbres al respecto, que a juicio de esta Sala han de resolverse acudiendo a un criterio hermenéutico de implementación y restrictivo que también tome en consideración la intención del legislador y la ubicación sistemática de la norma, y cuyo resultado es como bien señala la sentencia apelada, que la prenda sobre créditos futuros solo es oponible frente a terceros dentro del concurso del pignorante, cuando no solo la relación jurídica o contrato fuente del

crédito sea anterior al concurso, sino que además es necesario que el crédito dado en garantía nazca a la vida jurídica antes de la declaración judicial de la insolvencia.

Se parte para ello de la base; por un lado, de que no en vano existe un principio de derecho según el cual los privilegios deben ser interpretados restrictivamente por constituir una excepción a la regla general (art. 4.2 CC) y no extensivamente y la propia Ley Concursal en la Exposición de Motivos viene a marcar esta pauta hermenéutica cuando explica que una de las innovaciones más importantes que introduce es la regulación de la materia de clasificación de los créditos porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del "concurso", y que "el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso y que las excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas"; y por otro lado, de que deben integrarse en la masa activa del concurso en aplicación de las reglas generales de la Ley Concursal los créditos que traen su causa de la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado contemplada en el artículo 44 de la Ley Concursal, debiendo ingresar en dicha masa sin gravamen porque cuando nacen ya no goza de la plena y libre disponibilidad patrimonial del deudor, todo ello como acertadamente argumenta la sentencia apelada en el fundamento que hemos refrendado, siguiendo la tesis marcada por la sentencia antes citada del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, en la extensa y meritoriamente se analiza la situación existente y antes y después de la reforma operada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011 (RCL *2011/1847 y 2133)*.

La admisión de la prenda de créditos futuros sin ninguna restricción como privilegiado especial, que es lo que en suma postula la recurrente, implicaría la afectación de la única fuente de ingresos de la concursada y supondría la frustración en un alto grado de las legítimas expectativas de cobro de los acreedores ordinarios en general, no garantizados, que dependen de estos ingresos futuros de deudor. Se estaría en suma beneficiando sobremanera a las entidades financieras propiciando la posibilidad de que existieran prendas en bloque o en masa sobre créditos futuros, sin publicidad alguna, lo que en caso de concurso del pignorante, conllevaría que una parte fundamental de la masa activa, sus créditos futuros, ya naciera pignorada en evidente perjuicio del resto de acreedores que desconocían la prenda "oculta", no registral».

(ii) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª), número 541, de 23 de octubre de 2012* (JUR *2013/36020)*

«*Es cierto que tal regulación no es de aplicación al caso que nos ocupa, dada la Disposición Transitoria cuarta de la ley de reforma, y que esta entró en vigor tras el informe concursal, pero puede ser tenida en cuenta como pauta interpretativa.*

Pese al aparente propósito del legislador, es lo cierto "que el nuevo inciso no da solución al problema, pues lo futuro no se predica del crédito cedido en garantía, sino del garantizado. No obstante se ha reclamado una interpretación correctora basada en los antecedentes legales y jurisprudenciales, en el sentido de entender que conforme a la nueva norma tan solo los créditos futuros dados en garantía que nazcan antes del concurso tienen eficacia en él, y no los créditos nacidos tras él.

Esta posición tiene apoyo en el criterio jurisprudencial sentado en la STS 125/2008, de 22 de febrero, que al estudiar la eficacia en una suspensión de pagos de un supuesto que califica de prenda de créditos futuros referible al artículo 9.1.6.° LC —se trataba de certificaciones de obra emitidas en un contrato de obra pública— concluye que las certificaciones que se vayan emitiendo habrán de ser libradas

a nombre de la Suspensa, y se integrarán en la masa activa, bajo control de la intervención judicial, que mal las podrá transferir mediante endoso, no obstante lo prevenido en la escritura de cesión, en perjuicio de los acreedores, pues antes del libramiento de las certificaciones no se ha podido producir ... una transferencia con efectos reales, de modo que no se produce ni el efecto transmisivo de la titularidad del crédito ni la pignoración misma del crédito...".

El criterio ha sido acogido ya en la llamada jurisprudencia menor, en las SAP de Burgos, Sección 3.ª, número 413/2011, de 19 de diciembre, y 18/2012, de 18 de enero, en las que se concluye que si los créditos futuros dados en garantía nacen tras la declaración del concurso, no hay preferencia».

(iii) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª), número 132, de 10 de abril de 2012* (AC *2012/1794)*

«La cuestión relativa a la existencia o no del privilegio se suscita en el ámbito del concurso de acreedores, y al respecto no cabe olvidar que la Ley Concursal es Ley especial cuya aplicación prevalece sobre la norma general, de manera que el artículo 90.1.6 en su redacción vigente al tiempo de promoverse la cuestión no exigía para el reconocimiento del privilegio que la prenda sobre créditos (sin distinción entre ordinario o sin desplazamiento) estuviese inscrita en Registro alguno, siendo suficiente para gozar del privilegio su constancia en documento con fecha fehaciente; lo que se cumple en el supuesto enjuiciado.

Sin perjuicio de la problemática que ha supuesto la interpretación del artículo 54.3 de la LHMyPSD a los distintos operadores jurídicos y las entidades bancarias en orden al carácter o no constitutivo del requisito del registro de las prendas sobre créditos futuros y su calificación como prenda sin desplazamiento, lo cierto es que a los efectos del concurso de acreedores, el legislador ha seguido manteniendo la especialidad para reconocer el privilegio a la prenda sobre créditos futuros con la mera constancia en documento fehaciente. Ello se concluye de la actual redacción del precepto, pues si la prenda sobre créditos futuros se constituye antes de la declaración del concurso, no requiere para surtir el efecto de su reconocimiento como privilegio especial el de la inscripción en el Registro, sino que solo se exige esta inscripción para el supuesto en que el nacimiento del crédito garantizado sea posterior a la declaración del concurso, lo que constituye una excepción a la regla general y refuerza la tesis sostenida por esta sección en orden a que la falta de inscripción en el Registro de Bienes Muebles —per se— *no priva de eficacia a la garantía, objeto de controversia, pues no tiene carácter constitutivo sino de mera noticia o publicidad.*

No obstante, la norma aplicable al caso que se somete a nuestra consideración no es la resultante de la Ley 38/2011 —criticada por su confusa redacción—, de manera que en la redacción vigente al tiempo de suscitarse la controversia no se exigía el requisito de la inscripción en ningún caso, esto es, con referencia al momento del nacimiento del crédito garantizado —ex ante *o* ex post *al concurso—. Y puesto que el precepto no hacía referencia alguna al momento del nacimiento del crédito, no cabe establecer ahora la distinción, pues donde la norma no distingue no puede distinguir el intérprete».*

(iv) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.ª), número 18, de 18 de enero de 2012* (AC *2012/274)*

«*La Ley 38/2001* (RCL *2011/1847 y 2133) ha dado nueva redacción al artículo 92.1.6, que ahora dice que "la prenda en garantía de créditos futuros solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración del concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a la rehabilitación o cuando la prenda estuviere inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso". Se recoge aquí una excepción a la regla general sobre el carácter privilegiado del derecho de prenda que conste en un documento de fecha fehaciente, y se dice, de acuerdo con la jurisprudencia antes citada, que la prenda en garantía de créditos futuros (más bien prenda sobre créditos futuros) solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración del concurso. Luego, si los créditos dados en prenda nacen después de la declaración de concurso, no hay preferencia. La excepción a la excepción son los supuestos de rehabilitación de contratos del artículo 68 y cuando la prenda estuviese inscrita en un registro público antes de la declaración del concurso. El primero parece que se refiere a los contratos de financiación celebrados antes del concurso en los que se hayan pactado estas garantías, y respecto de los cuales la administración concursal acuerde su rehabilitación, lo que supondrá el mantenimiento de las garantías pactadas aunque los créditos dados en prenda aún no hayan nacido. El segundo supuesto parece equiparar la prenda ordinaria o común con la prenda sin desplazamiento cuya preferencia, en el caso de prenda sobre créditos futuros, se condiciona a la inscripción en el Registro.*

Lo anterior es solo la solución de lege ferenda, *pues de* lege data, *es decir, según la redacción del artículo 92.1.6.º en la fecha de la demanda, debe considerarse como ordinario el crédito del Banco Guipuzcoano, al no poder calificarse como crédito privilegiado por no haber nacido el derecho real de prenda en la fecha de declaración del concurso*».

(v) *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Alicante, número 210, de 20 de julio de 2012* (AC *2012/1220)*

«*Como argumento de refuerzo podemos apuntar que la intención de la reforma del artículo 90.1.6 era efectuar la aclaración del alcance de la prenda de créditos futuros en este sentido, si bien se reconoce que la redacción final del artículo 90.1.6 LC dificulta enormemente extraer su sentido como pauta exegética.*

Aclarado que la modificación legal del artículo 90.1.6 LC no es de aplicación directa, sí podría aportar criterios interpretativos para la exégesis del derecho vigente hasta el 1 de enero de 2012, pero su redacción final dificulta esta labor, habiendo merecido importantes críticas porque se aparta de la intención inicial y el resultado tiene difícil explicación.

La intención de la reforma del artículo 90.1.6 LC, según ha expuesto uno de los miembros de la Comisión especial encargada de redactar el Anteproyecto de Reforma de la Ley Concursal (Alonso Ledesma) era aclarar el régimen concursal de la prenda de créditos futuros, tomando como referencia la fecha de nacimiento del crédito, no la fecha de celebración de la relación jurídica de la cual derive dicho crédito, como ocurre en otros ordenamientos.

Ahora bien la redacción propuesta en el Anteproyecto ("La prenda en garantía de créditos futuros solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de

la declaración de concurso") era desacertada porque la naturaleza de futurible no se predicaba del derecho dado en garantía (crédito pignorado) sino de la obligación garantizada (crédito garantizado). No se refiere la norma a la prenda "de" o "sobre" crédito futuro (como sí lo hace el art. 90.1.6 en su parte inicial), sino a la prenda "en" garantía de créditos futuros.

Propuesta que aprueba el Ministerio y se remite al Congreso con la única modificación de su ubicación, pues se añade como norma final al artículo 90.1.6.º, y no formando parte del artículo 90.1.1.º como apunta el CGPJ en su informe; cambio sistemático que viene a confirmar esa intención de regular el alcance de las prendas de créditos futuros.

En el trámite parlamentario, salvo una enmienda del Grupo Parlamentario Catalán que entiende el supuesto de hecho en su sentido literal (la prenda en garantía de créditos futuros) no hay discusión sobre el precepto, cuyo resultado final es fruto de una transacción presentada por la ponencia.

Desde el punto de vista literal, lo que dice la norma es que los acreedores que tengan un contrato que genera créditos futuros garantizados con prenda (sin distinción alguna) conservarán el privilegio pignoraticio en relación a los créditos anteriores a la declaración de concurso, pero no en relación a los posteriores. Por excepción, abarca también estos últimos solo: a) *si se ha dado un supuesto de rehabilitación* ex *artículo 68 LC, y* b) *o si la prenda estuviese inscrita en un registro público.*

La crítica a su interpretación literal es evidente, pues —al margen de otros motivos— no se explica qué razón puede haber para que el acreedor que sigue financiando al deudor tras la declaración del concurso pierda sus garantías pignoraticias (y según la literalidad del precepto no se distingue entre posesoria o no, de bienes o derechos), en relación a la financiación posterior a la declaración de concurso (si las prendas no se hallan inscritas en un registro público), y las conserva respecto de la anterior.

Se castiga la financiación a empresas en concurso en contra del sentido de la reforma de 2011, pues los acreedores pignoraticios que le hayan financiado hasta el concurso quedan amparados, sin que tampoco se explique a qué obedece la relevancia concursal del registro de las prendas frente a las otras formas de constitución no registrales.

Se podrá decir que el crédito postconcursal son deudas de la masa, pero ello no justifica la norma, pues olvida una realidad por desgracia no infrecuente: ausencia de masa para pagarlos.

Por ello se proponen interpretaciones correctoras —como la apuntada por la SAP de Burgos citada ut supra*— y considerar que la norma se refiere a la prenda de créditos futuros, aunque ciertamente el ejercicio de voluntarismo que exige es elevado, pues precisa forzar la norma:* i) *tanto el supuesto de hecho (habla "la prenda en garantía de créditos futuros" y no "la prenda de créditos futuros");* ii) *la consecuencia jurídica (prevé "solo atribuirá privilegio a los créditos nacidos...", y no "sobre los créditos nacidos"), y* iii) *la remisión al artículo 68 LC (que solo se entiende si el deudor es el concursado, pero carece de sentido en las prendas de créditos futuros, en la que el concursado es acreedor), además de los precedentes parlamentarios.*

No obstante, la mención al registro público (que nos conduce al art. 54 LHM y PSD y que parte de que lo dado en prenda son derechos de créditos futuros del deudor), la exégesis teleológica y sistemática, y los trabajos preparatorios dan pie también a escapar de una lectura literal del precepto al no ser aplicable la regla in claris non fit interpretatio *y concluir que lo regulado (por eso la intención de la modificación) es el alcance concursal de la prenda de créditos futuros.*

Confusión sobre el supuesto de hecho normativo que se aprecia en la Instrucción de la DGRN, de 12 de mayo de 2012 (JUR *2012/210678)* sobre la inscripción en el Registro Público al que se refiere el tan citado inciso final del artículo 91.1.6 LC».

III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA

Con carácter mayoritario, se ha venido a entender, probablemente también por la irracionalidad de su interpretación literal[4], que el artículo 90.1.6 de la Ley Concursal en su versión reformada (al ser un claro error del legislador) ha de analizarse desde una interpretación correctora del mismo, propugnando que la cualidad futura es propia del crédito pignorado y no del crédito garantizado, lo que supondría en la práctica la defensa de la inscripción de la correspondiente prenda.

En nuestra opinión, el trabajo que hemos leído que mejor resume de forma acertada el estado de la doctrina tras la citada reforma concursal, es el de PANTALEÓN PRIETO y GREGORACI FERNÁNDEZ[5], al exponer lo siguiente: «Como hemos dejado expuesto, tras las modificaciones introducidas por la Ley 38/2011 (LA LEY 1477/2011) en los números 1.º y 6.º del artículo 90.1 LC, la opinión mayoritaria en la doctrina ha venido a ser que la cuestión del alcance de la resistencia de la prenda de créditos futuros al concurso del pignorante habría quedado resuelta por el legislador, y con una solución radicalmente distinta, según que la prenda haya sido, o no, inscrita en el Registro de Bienes Muebles.

A saber:

(i) Las prendas de créditos futuros inscritas gozarían de resistencia ilimitada al concurso («tesis de la inmunidad absoluta»): atribuirían al acreedor pignoraticio privilegio especial sobre todos los créditos futuros pignorados: tanto los nacidos antes de la declaración del concurso, como los nacidos después; y respecto de estos, incluso cuando nazcan de un contrato celebrado o una relación jurídica constituida con posterioridad a la declaración del concurso.

(ii) Por el contrario, la resistencia al concurso de las prendas de créditos futuros no registradas habría quedado estrictamente limitada: solo atribuirían privilegio especial al acreedor pignoraticio sobre los créditos futuros pignorados nacidos ya antes de la declaración del concurso («tesis estricta»)».

Por otro lado, PANTALEÓN PRIETO y GREGORACI FERNÁNDEZ critican la interpretación doctrinal mayoritaria razonando lo siguiente:

«A la luz de lo expuesto, la interpretación hoy mayoritaria de la oración final del artículo 90.1.6.º LC debe rechazarse. Dicha interpretación es absolutamente incompatible con el "sentido literal posible" del texto legal; y, en consecuencia, jurídico-constitucionalmente insostenible, al no existir prueba objetiva alguna de que sea la que responda a la voluntad del legislador. Y los resultados a los que conduce sobre el alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros son claramente indeseables: combina los de las extremosas "tesis de la inmunidad absoluta" y "tesis estricta"; y en atención a una circunstancia —que la prenda de créditos futuros esté o no inscrita en el Registro de Bienes Muebles— cuya relevancia al respecto carece de justificación razonable. Pues no se halla en la publicidad de la prenda —la no registrada sigue atribuyendo privilegio, que,

como el de la inscrita, perjudica también a quienes, ya antes de la inscripción, eran acreedores ordinarios del después concursado—, y resulta inaceptable que el hecho de que el acreedor pignoraticio haya abonado al registrador de bienes muebles los correspondientes honorarios pueda justificar un mayor sacrificio a su favor de las expectativas de cobro de los acreedores ordinarios; y todavía menos, el absoluto sacrificio que comporta la "tesis de la inmunidad absoluta"».

Además, a juicio, de PANTALEÓN PRIETO y GREGORACI FERNÁNDEZ, la interpretación literal tampoco es la deseable para dicha norma, justificando su posición del siguiente modo:

«Pero, como mostramos en el § [17] del presente trabajo, también es cierto que cualquier interpretación de la referida norma compatible con su tenor literal conduce a resultados absurdos, a contradicciones de valoración insoportables. Y así las cosas, y al objeto de evitarlos:

O se asume que la voluntad del legislador fue la que entendió que era el Grupo Parlamentario proponente de la enmienda de la que la norma provino; y sobre esta base, se prescinde de la frase final sobre la inscripción de la prenda en un registro público, y se recurre a la analogía para sostener una equiparación del tratamiento de todos los créditos garantizados postconcursales no nacidos por voluntad del acreedor pignoraticio, tanto si derivan de rehabilitaciones, como si derivan de contratos de financiación no vencidos antes del concurso.

O bien, se asume que no es posible dilucidar cuál fue la voluntad del legislador (o, derechamente, que no fue consciente de qué estaba regulando), en orden a concluir que nos encontramos ante Derecho defectuoso y, por ello, inaplicable: hacer una *interpretatio abrogans* de la oración final del artículo 90.1.6.º LC (78).

En lo que en esta sede importa, las dos alternativas hermenéuticas que acaban de exponerse llevan al resultado que tenemos por seguro: sigue habiendo una laguna legal sobre el alcance de la resistencia de la prenda de créditos futuros, tanto si inscrita como si no registrada, al concurso del pignorante».

En la actualidad y ante lo problemático de la cuestión, se ha llegado incluso a defender una *interpretatio abrogans* del último párrafo del artículo 90.1.6 de la Ley Concursal, por parte de MIQUEL y GARCIMARTÍN[6], justificándola de la siguiente forma:

«La otra posible estrategia hermenéutica es, parafraseando a ENGISCH, entender que nos encontramos ante Derecho defectuoso y, por lo tanto, inaplicable. Hacer una *interpretatio abrogans*. Por un lado, se trata de una norma que descansa sobre una cadena de malentendidos. No hubo una auténtica voluntad legislativa de incluir una norma que dijese lo que dice el artículo 90.1.6.º *in fine* LC, pues la enmienda transaccional de la que trae origen se hace pensando en una voluntad prelegislativa que no existió realmente. Estamos ante lo que la dogmática alemana llama «error de motivo» (no de simple redacción).

Por otro lado, la norma incurre en unas contradicciones valorativas insoportables. ¿Qué sentido tiene que los acreedores que han financiado al deudor hasta la fecha de concurso queden protegidos, aunque no hayan registrado sus prendas, y los que continúan haciéndolo tras esa fecha, solo si las han registrado? Parece evidente que no hay ninguna relación entre el registro de las prendas, por un lado, y el hecho de que la financiación sea preconcursal o postconcursal. ¿Qué sentido tiene que los créditos rehabilitados queden protegidos en cualquier caso y los demás solo si han registrado sus prendas? Es evidente que tampoco

hay ninguna relación entre el registro de las prendas y el hecho de que se trate de créditos rehabilitados o no. La norma resulta arbitraria o manifiestamente irrazonable al establecer consecuencias jurídicas distintas en atención a variables con las que aquellas no guardan ninguna relación.

Esa falta de verdadera voluntad legislativa y la contradicción valorativa en la que incurre la norma serían razones para apoyar una interpretación derogatoria».

IV. EPÍLOGO

La solución propuesta por PANTALEÓN PRIETO y GREGORACI FERNÁNDEZ ante la laguna legal existente, pasa por una reforma legislativa, proponiendo incluso un texto para la misma, al decir lo siguiente: «Y seguimos pensando, reforzados ahora en nuestra opinión por la repetida STS de 22 de febrero de 2008, que una sencilla y buena posibilidad sería sustituir la actual oración final del artículo 90.1.6.º LC por otra de este tenor: «La prenda de créditos futuros solo atribuirá privilegio especial sobre los créditos nacidos de contratos celebrados o relaciones jurídicas constituidas en fecha cierta anterior a la declaración del concurso» (82). El legislador (necesariamente mejor informado en la materia que el concursal de 2011) podría preferir que el privilegio especial se atribuya, solo o también, sobre los créditos nacidos en un periodo temporal determinado. Pero lo esencial y urgente es que aquella oración sea suprimida, y que la nueva norma represente un compromiso equilibrado entre los referidos intereses contrapuestos».

En nuestra opinión, el *iter* legislativo del reformado artículo 90.1.6 de la Ley Concursal no proporciona datos suficientes para probar que la voluntad del legislador fuera la regulación de la prenda de créditos futuros y no la prenda de garantía de créditos futuros. Es decir, no queda clara la existencia de una divergencia entre lo querido por el legislador y lo efectivamente declarado por el legislador, de ahí que cuando nos hayamos referido a la existencia de un despropósito legislativo o incluso de un error del legislador, lo hagamos pensando en que no solo desaprovechó en su momento una oportunidad para regular correctamente el tratamiento de la prenda en el concurso de acreedores, sino que lo anterior ha supuesto un claro problema práctico, que una mal entendida contraposición de intereses, no deja más que insistir en el mismo.

La única enmienda efectuada en el Congreso por CIU, asumía la referencia a prenda de créditos futuros:

«*La prenda en garantía de créditos futuros solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la publicación de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 de la Ley se proceda a su rehabilitación, o cuyo nacimiento no derive de la voluntad del acreedor pignoraticio*».

Así MIQUEL y GARCIMANTÍN (vid. *op. cit.*), afirman que «se asume el supuesto de hecho literal y lo que se plantea es su contención: como mal menor, se propone excluir de la pérdida de la garantía los supuestos de rehabilitación de créditos conforme al artículo 68 y, en los demás casos, limitarla a la financiación voluntaria post-concursal, i.e. financiación que derive de la mera voluntad del acreedor pignoraticio. Se supone que *volenti non fit injuria:* cuando el acreedor no tiene una obligación contractual pre-concursal de dar crédito al concursado, sino que lo hace voluntariamente, podría entenderse justificada la pérdida de privilegio».

Igualmente, PANTALEÓN PRIETO y GREGORACI FERNÁNDEZ (vid. *op. cit.*), entienden que «no existe, por tanto, base alguna para sostener que la voluntad del legislador al dictar la norma de la que es hoy la oración final del artículo 90.1.6.º LC fuese la de determinar el alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros, limitando radicalmente el de las prendas no registradas y dotando a las inscritas de una resistencia ilimitada al concurso del pignorante».

También coinciden en lo anterior, GELI-FERNÁNDEZ PEÑAFLOR y COLLDEFORNS PAPIOLS, al concluir que: «En resumen, del proceso legislativo descrito y de las reflexiones que hemos expuesto, podemos extraer las siguientes conclusiones: en primer lugar, que no es fácil encontrar en los trámites parlamentarios algo que demuestre con claridad que realmente se tramitó una reforma de la prenda "sobre" créditos futuros, pues el concepto "prenda en garantía de créditos futuros" no fue discutido en ningún momento pese a su presencia a lo largo de todo el proceso. Los únicos aspectos controvertidos del proceso han sido la ubicación de la modificación y la necesidad de añadir excepciones a favor de los créditos futuros nacidos después del concurso».

Por tanto, resulta claramente arbitrario y contrario a Derecho la práctica de una interpretación correctora por parte del juez sin claros argumentos hermenéuticos al efecto.

Como reflexionaba DE DIEGO[7], en relación con las sentencias *contra legem,* «su admisibilidad o procedencia en contados, contadísimos casos, no es dudosa. Precisamente la interpretación llamada deformante por los autores y el imperio de la equidad en la resolución de casos que a seguir literalmente a la ley darían en el absurdo, en lo injusto o contrario al derecho natural, dan lugar a ellas, según criterio y opinión de los más sesudos teólogos y juristas».

Por su parte, CASTÁN[8] razonaba que muchos tratadistas solo hablan de la *interpretatio abrogans* con relación a aquellos casos de concurrencia de normas legales en los que el intérprete se arroga la facultad de abolir una ley aparentemente vigente, por razón de incompatibilidad con otra (COVIELLO, *Manuale di Diritto civile italiano* (Parte generale), 2.ª edic. Milano, 1915, pág. 78; FERRARA, *Tratato di diritto civile italiano*, vol. I, parte I, Roma, 1921, pág. 222). Otros conceptúan la *interpretatio abrogans* como la que tiene por finalidad el subsanar aquellos errores de orden material o aun intelectual en que puede incurrir la ley cuando emplee expresiones que estén en indudable oposición con lo que constituya la voluntad legislativa (PIOLA-CASELLI, «Interpretazione delle Leggi», en el *Digesto italiano,* vol. XIII, parte 2, núm. 22, pág. 85), o bien ven en ella una clase de interpretación que se encamina a mejorar la expresión legislativa sin cambiarla (WINDSCHEID, «Lehrbuch des Pandektenreclits», edición italiana con el título de *Diritto delle Pandette,* Torino, 1930, t. I, S 21, pág. 67; ENNECCERUS, *Tratado de Derecho Civil,* edición española, t. I, vol, 1.0, S 52, pág. 215). No faltan tampoco quienes dan un alcance mayor a la figura de que se trata, entendiendo que la interpretación abrogante significa que el jurista puede corregir no solo la expresión literal de la ley, sino la ley misma, dejándola de aplicar en aquellos casos en los que se presenta como injusta por no corresponder al sentido lógico que la ley debe tener (THIBAUT, *Theorie der Logischen Auslegung des Romischen Rechts*, 1799, pág. 76; cit. por PIOLA, *op. cit.,* pág. 85), conectándose así la *interpretatio abrogans* con el principio *cessante ratione legis cessat lex ipsa.*

No obstante, lo anterior y como también afirmaba CASTÁN (vid. *op. cit.*) en su examen de la cuestión de la función correctora en relación con la justicia de la norma, «De este inventario de opiniones, ciertamente no siempre muy precisas y firmes, podemos sacar las conclusiones siguientes: 1. Hay que partir de una

presunción favorable a la justicia de las leyes positivas, reconocida de antiguo por los doctores. Como ha dicho en nuestros días DE DIEGO, mientras no se demuestre lo contrario con pruebas claras y terminantes, las leyes se estiman o presumen justas y conformes al bien público. 2. Si bien, de un lado, es ciertísimo, dentro de la concepción jurídica tradicional entre nosotros, que la ley injusta no es derecho, no es menos cierto, de otro, que en muchos casos deberá ser cumplida como si fuera derecho. Las exigencias de la justicia han de ser ponderadas, a través del más profundo sentido de responsabilidad histórica, con las exigencias de la seguridad. La teoría de la ley injusta no puede convertirse en instrumento de anarquía. Las leyes contrarias al bien común pueden seguir obligando, según reconoce la doctrina tomista y recuerdan ilustres expositores modernos pertenecientes a otros sectores filosóficos, por razón del escándalo o del desorden que el incumplimiento de las mismas pudiera originar. La injusticia de una ley no será un motivo suficiente para desligarse de ella si esto provocase un desorden mayor que el que de por sí supone la injusticia. 3. El ordenamiento positivo español está severamente fundado en el debido acatamiento por el juez de las normas legislativas. La infracción de este deber por los Tribunales inferiores puede dar lugar al recurso de casación, que impone al Supremo la obligación de anular las sentencias dictadas en oposición a la ley. 4. No obstante, el racional empleo de los medios de interpretación lógica y sistemática, que habrá de producir el efecto de rechazar cualquier sentido de la ley que resulte opuesto a la justicia (objeto y finalidad de la norma legal), y, en último término, el juego de los principios de restricción y de equidad, que permitirán al juez, cuando la ley estimada injusta no parezca exactamente aplicable al caso litigioso (por ser inadecuada y no prevista por el legislador para él), prescindir de ella y acudir a los principios generales del derecho, habrán de reducir al mínimum la posibilidad trágica de que el magistrado se vea irremisiblemente forzado a aplicar, contra su conciencia, una ley que juzgue contraria al derecho natural o a optar por la renuncia de su cargo».

El problema conecta, de nuevo y a nuestro juicio, con la conocida Jurisprudencia de intereses. Para un acercamiento a la Jurisprudencia de intereses, resulta de enorme interés el conocimiento de los trabajos de don Jerónimo GONZÁLEZ publicados en esta misma Revista, debido al análisis y crítica que de la misma hizo el ilustre jurista[9, 10], como de hecho puso de manifiesto José Luis DE LOS MOZOS, en otro trabajo publicado también en esta Revista[11].

Desechando a la Escuela del Derecho Libre que «libera» al juez de la norma escrita, la jurisprudencia de intereses viene presidida por la ponderación de intereses o la teoría de conflictos.

Expone don Jerónimo GONZÁLEZ[12] que para la jurisprudencia de intereses toda norma jurídica decide un conflicto de intereses, descansa en su actuación recíproca y aparece como un componente de fuerzas. El fin de la Ley apunta hacia el interés vencedor, su contenido pondera las energías de los combatientes y en cuanto a la función judicial, advierte que[13]: «…si el juez se halla obligado a observar la Ley, tiene, como el legislador, intereses que deslindar y conflictos que resolver. La lucha entre las partes los pone de relieve, y, al decidirla, debe aplicar la ponderación fijada por el legislador. Además ha de tenerse en cuenta que nuestras leyes son escasas en comparación con los innumerables problemas de la vida, imperfectas y no exentas de contradicciones. El legislador moderno se hace cargo de todo ello, y no espera del juez una servil y literal sumisión, sino una obediencia racional que atienda a los intereses en juego; ni solamente la subsunción lógica bajo los mandatos promulgados, sino el complemento de los defectuosos y la rectificación de los equivocados. En resumen: el juez no

debe circunscribirse a la aplicación de lo mandado; ha de custodiar los intereses protegidos por la Ley».

En una reflexión final sobre la jurisprudencia de intereses, don Jerónimo GONZÁLEZ[14] no le quita ciertos méritos a la misma aunque al final la viene a calificar de ilusoria más que de realista, al pronunciarse del siguiente modo: «La escuela de Tubinga tiene el indiscutible mérito de centrar los problemas capitales de la jurisprudencia sobre dos quicios de extraordinaria validez: *a)* el texto legal que los partidarios del derecho libre habían arrojado por la borda en la borrasca que a fines del siglo pasado corría la justicia; *b)* la doctrina del interés protegible, entendido, no en el sentido del materialismo histórico, sino como energía latente en las aspiraciones humanas, vulgares o nobles, prácticas o románticas. Con ello ha dado el golpe de muerte al logicismo, o mejor, ha reducido la construcción a sus verdaderos límites, ha superado los problemas normativos de los cognitivos y de formulación sistemática y, sobre todo, ha llamado la atención de los juristas hacia los sectores vitales y hacia las funciones de la sociedad. Pero sin listas de intereses, ni jerarquía de valores, ni módulos de reducción, ni reglas para medir las variadas dimensiones de los impulsos, deseos o anhelos humanos y la energía de las corrientes sociales, la ponderación de fuerzas o intereses es una ilusión más que una realidad asequible a corto plazo».

HECK[15] uno de los acuñadores de esta jurisprudencia de intereses entendía que necesitábamos tener una confianza en el Derecho para poder tener seguridad tanto en la vida diaria como en la de las grandes empresas, por ello quien invierte debe tener seguridad que sus inversiones e intereses se verán protegidos, seguridad que se trasluce en que cada conflicto jurídico será protegido por una norma jurídica bien ponderada.

En nuestra doctrina, DE CASTRO[16] hizo una crítica demoledora de la jurisprudencia de intereses al decir que: «La doctrina es, sin embargo, inaceptable. Tiene un vicio de origen insubsanable; parte, como IHERING, de una concepción filosófica positivista, materialista y determinista; se suprime el elemento personal y se desconocen los valores objetivos. Típica de su formación filosófica será la incomprensión asombrada ante el ataque de los representantes de teorías idealistas o realistas, y su ingenua creencia de que el hecho de hablar de intereses morales y religiosos impide el que se le califique de positivista. Su prejuicio positivista es el que le oculta, que el hecho de colocar en igual plano a los intereses morales y religiosos que a los materiales, y, como otros tantos apetitos, es materialismo; que estimar a todas las concepciones religiosas, morales y políticas igualmente válidas, es individualismo y escepticismo… El Derecho y la función de los juristas quedan reducidos a la más mezquina técnica, a la de la máquina registradora de las pesadas de intereses hechas por el legislador; la actividad legislativa queda fuera de su objeto y el juez, en caso de laguna de ley, se abandona a su libre arbitrio».

En suma, no creemos conforme al *iter* legislativo existente en la producción del artículo 90.1.6 de la Ley Concursal que la solución al problema pase por una interpretación correctora en los términos que vienen realizando determinadas resoluciones judiciales ni por una interpretación *abrogans* de dicha norma jurídica, ya que no consideramos que exista una auténtica Ley defectuosa por discrepancia entre su sentido gramatical y su espíritu (expresión impropia). Conforme hemos expuesto, no se aprecian argumentos en la formación de la meritada norma jurídica que permitan sostener que la auténtica voluntad del legislador era la expresión del fruto de la interpretación correctora de la norma, lo que no supone evidentemente la existencia de un grave desacierto legislativo.

Sostener lo contrario, a nuestro juicio, supondría introducir una grave dosis de arbitrariedad judicial en la aplicación de nuestra normativa concursal que no está justificada en términos de justicia positiva ni material, sin que la contraposición de intereses en juego pueda servir para la rectificación judicial de una norma positiva donde no es apreciable el defecto o inexistente coordinación del legislador entre la literalidad y el espíritu de la norma, más allá, insistimos de que efectivamente ninguna de las interpretaciones (literal y correctora) que se están realizando del artículo 90.1.6 de la Ley Concursal supongan la exposición de una acertada consecuencia jurídica al supuesto de hecho propuesta conforme a un análisis rigorista a realizar desde un punto de vista doctrinal.

O sea, nos encontramos pues, ante un resultado interpretativo ofrecido por los tribunales de justicia que bien es tildado de auténtico sofisma por parte del sector doctrinal al que se adscriba el correspondiente aplicador del Derecho que no comparta el concreto resultado interpretativo.

Calificar como injusta la norma controvertida aplicada al caso concreto y con ello evitar el sometimiento de los jueces a la Ley, no nos ofrece una solución al problema debatido, sino que la misma ha de pasar necesariamente por la reforma legislativa del artículo 90.1.6 de la Ley Concursal, por lo que mientras tanto, una aplicación de dicha norma jurídica mediante una interpretación correctora de la misma, como viene efectuando cierto sector jurisprudencial, no hace más que desvirtuar la clara literalidad de la norma sin que exista una justificación clara en función de la voluntad legislativa que se aprecia en los trabajos de preparación de dicha norma.

No obstante y pese a la búsqueda de la intención del legislador en la interpretación de la norma, tampoco hemos de caer en una excesiva sobrevaloración de la misma y considerarla como fruto único de la hermenéutica realizada, como parece ser el criterio preponderante de ciertas opiniones doctrinales, ya que el resultado interpretativo ha de perseguir la finalidad actual de la norma jurídica y no el de su génesis.

DE CASTRO[17] ya nos advirtió que: «Los antecedentes inmediatos de las leyes tienen un valor que conviene aquilatar. No vinculan al intérprete ni su violación supone infracción de ley, pero su autoridad es muy grande. Las exposiciones de motivos no son ley, llevan la autoridad de haberla redactado alguien que intervino o conoció de cerca la intimidad de la obra legislativa, además de la de su propia autoridad personal y científica. Las discusiones parlamentarias, los discursos de presentación de la ley, proyectos y anteproyectos, todos los trabajos previos a la promulgación importan; pero ha de tenerse en cuenta que son solo un dato, entre los que han de tenerse en cuenta en la interpretación, que, como se ha indicado, se dirige a fijar la finalidad actual de la norma, no el momento de su origen».

Aunque no es menos cierto que sin otorgarle en exceso importancia a los trabajos legislativos del artículo 90.1.6 de la Ley Concursal, el resto de herramientas hermenéuticas que nos ofrece el artículo 3 del Código Civil, no nos arrojan una solución que sustente la llamada interpretación correctora de la misma, ni justifique una interpretación *abrogans* de ella.

El difícil equilibrio en el que ha de sostenerse una interpretación del artículo 90.1.6 de la Ley Concursal, conforme a su literalidad y el margen de aplicación que el juez tiene del mismo, conforme al sistema de fuentes establecido, no nos puede llevar —a nuestro juicio— a la desviación de dicha literalidad, aunque el resultado de la misma no sea el más adecuado y necesite la regulación de la prenda en el concurso de acreedores, por lo que su reforma se antoja absolutamente necesaria.

V. BIBLIOGRAFÍA

CASTÁN TOBEÑAS: *La actividad modificativa o correctora en la interpretación e investigación del Derecho* (Conferencia dada por el Excmo. Señor don José CASTÁN TOBEÑAS en el Paraninfo de la Universidad de Murcia el día 29 de mayo de 1046, en virtud de invitación de su Seminario de Derecho Privado).

DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho Civil de España,* Civitas.

DE LOS MOZOS: «Jerónimo González, divulgador y crítico de la jurisprudencia de intereses», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 619, 1993.

DE DIEGO: *Derecho judicial. Equívocos y malas inteligencias de que es susceptible. Sus procedimientos en orden al progreso del Derecho positivo* (Discurso inaugural del Curso académico, pronunciado el día 11 de febrero de 1942, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación). Madrid, Ediciones Pegaso.

GELI-FERNÁNDEZ PEÑAFLOR y COLLDEFORNS PAPIOLS: «La preferencia de los créditos futuros garantizados con prenda tras la reforma del artículo 90.1.6 de la Ley Concursal», en *Indret* 3/2012.

GONZÁLEZ, J.: «Jurisprudencia de intereses», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 126, 1935.

— «La Escuela de Tubinga», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 128, 1935.

HECK: *Das Problem der Rechtsgewinnung,* 1912.

MIQUEL, J. M.ª y GARCIMARTÍN, F.: «El nuevo artículo 90.1.6.º *in fine* de la Ley Concursal: su interpretación derogatoria y el dilema de los acreedores», en *El notario del Siglo XXI,* núm. 40, 2012.

PANTALEÓN PRIETO-GREGORACI FERNÁNDEZ: «El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* núm. 20, Sección Estudios, Editorial La Ley, 17 de septiembre de 2013.

REDONDO TRIGO: «Una reflexión crítica sobre el artículo 87.6 de la Ley Concursal, la jurisprudencia de intereses y el utilitarismo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 710.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de abril de 2014.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.ª), núm. 180-2013, de 4 de julio *(JUR* 2013/254330).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª), núm. 541-2012, de 23 de octubre *(JUR* 2013/36020).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de mayo de 2012 (Sección 15.ª), núm. 202-2012, de 17 de mayo *(JUR* 2012/312181).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª), núm. 132-2012, de 10 de abril *(AC* 2012/1794).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.ª), núm. 18-2012, de 18 de enero *(AC* 2012/274).
- Sentencia del Juzgado Mercantil de Alicante, de 12 de febrero de 2014.
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 2 de La Coruña, de 9 de septiembre de 2013 *(AC* 2013/1577).
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Alicante, núm. 210-2012, de 20 de julio *(AC* 2012/1220).

NOTAS

[1] Sobre el particular, ya nos pronunciamos en su momento, vid. REDONDO TRIGO, «Una reflexión crítica sobre el artículo 87.6 de la Ley Concursal, la jurisprudencia de intereses y el utilitarismo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 710, 2008, págs. 2544-2568, decantándonos en contra de la interpretación correctora de la referida norma jurídica.

[2] Referencia y texto tomado del blog de ALFARO ÁGUILA-REAL, *Más sentencias sobre el artículo 90.1.6.* http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/04/mas-sentencias-sobre-el-art-9016-lc.html.

[3] Referencia y texto tomado del blog de ALFARO ÁGUILA-REAL, *Más sentencias sobre el artículo 90.1.6.* http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/04/mas-sentencias-sobre-el-art-9016-lc.html.

[4] Sin embargo, destaca el trabajo de GELI-FERNÁNDEZ PEÑAFLOR y COLLDEFORNS PAPIOLS, «La preferencia de los créditos futuros garantizados con prenda tras la reforma del artículo 90.1.6 de la Ley Concursal», en *Indret* 3/2012, en el que se otorgan argumentos de cierto calado en favor de la interpretación literal.

[5] PANTALEÓN PRIETO y GREGORACI FERNÁNDEZ, «El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* núm. 20, Sección Estudios, Editorial La Ley, 17 de septiembre de 2013. Vid. la abundante bibliografía citada en este trabajo de los profesores PANTALEÓN PRIETO y GREGORACI FERNÁNDEZ.

[6] MIQUEL, José María y GARCIMARTÍN, Francisco, «El nuevo artículo 90.1.6.º *in fine* de la Ley Concursal: su interpretación derogatoria y el dilema de los acreedores», en *El Notario del Siglo XXI,* núm. 40, 2012, págs. 26-31.

[7] DE DIEGO, *Derecho judicial. Equívocos y malas inteligencias de que es susceptible. Sus procedimientos en orden al progreso del Derecho positivo* (Discurso inaugural del Curso académico, pronunciado el día 11 de febrero de 1942, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Madrid, Ediciones Pegaso, pág. 14.

[8] CASTÁN TOBEÑAS, *La actividad modificativa o correctora en la interpretación e investigación del Derecho* (Conferencia dada por el Excmo. Sr. D. José CASTÁN TOBEÑAS en el Paraninfo de la Universidad de Murcia el día 29 de mayo de 1046, en virtud de invitación de su Seminario de Derecho Privado).

[9] Jerónimo GONZÁLEZ, «Jurisprudencia de intereses», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 126, 1935.

[10] Jerónimo GONZÁLEZ, «La Escuela de Tubinga», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 128, 1935.

[11] DE LOS MOZOS, «Jerónimo González, divulgador y crítico de la jurisprudencia de intereses», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 619, 1993.

[12] *La jurisprudencia de intereses,* pág. 414.

[13] *La jurisprudencia de intereses,* pág. 417.

[14] *La Escuela de Tubinga,* págs. 574 y 575.

[15] HECK, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1912.

[16] DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Civitas, pág. 455.

[17] DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España,* Civitas, 1984, pág. 472.

3. URBANISMO

La constitucionalidad de la regulación de la ocupación directa en la legislación autonómica conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional 183/2013, de 23 de octubre

The Constitutionality of Having the Compulsory Purchase of Real Estate Regulated in Regional Legislation According to Ruling 183/2013 of 23 October of the Spanish Constitutional Court

por

VICENTE LASO BAEZA
Abogado

RESUMEN: La STC 183/2013 representa una clara ruptura de la doctrina que sobre la ocupación directa y el reconocimiento de la potestad legislativa en orden a su regulación respectiva quedó recogida en la STC 61/1997, lo cual tiene lugar toda vez que así como en esta última a partir de su consideración como modalidad expropiatoria se declaró la constitucionalidad de la regulación al efecto contenida en la Ley del Suelo de 1992 de modo coherente con la supresión de la exigencia del consentimiento del propietario expropiado a fin de recibir el justiprecio en especie, en la STC 183/2013 se niega al Estado la potestad para su previsión por ser exclusivamente propia de las Comunidades Autónomas, limitándose su papel a la definición de las garantías mínimas que han de contemplarse a favor del propietario de suelo.

ABSTRACT: Ruling 183/2013 of the Spanish Constitutional Court breaks cleanly with the stance the court established in Ruling 61/1997 regarding the compulsory purchasing of real estate and the recognition of legislative power to regulate compulsory purchases. While the earlier of the two rulings considers compulsory purchases a type of expropriation and, on that basis, declares it constitutional for the 1992 Land Act to regulate to that effect (consistently with the elimination of the requirement of the consent of the owner of the expropriated property in order to receive just consideration in specie), Ruling 183/2013 denies that state authorities have the power to deal with an issue that is the exclusive domain of regional authorities, and it limits the state's role to defining the minimum safeguards in the land owner's favour.

PALABRAS CLAVE: Ocupación directa, Competencia legislativa, Estado, Comunidad Autónoma, garantía mínima.

KEY WORDS: Compulsory purchase. Legislative power. State. Autonomous community. Minimum safeguard.

SUMARIO: I. LA REGULACIÓN SOBRE LA OCUPACIÓN DIRECTA CON CARÁCTER PREVIO A LA STC 183/2013.—II. LA STC 183/2013.—III. CONSI-

DERACIÓN FINAL SOBRE LA STC 183/2013 Y LOS EFECTOS REGISTRALES DEL RECONOCIMIENTO FINAL DE LA REGULACIÓN DE LA OCUPACIÓN DIRECTA COMO COMPETENCIA PROPIA DEL LEGISLADOR AUTONÓMICA.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA REGULACIÓN SOBRE LA OCUPACIÓN DIRECTA CON CARÁCTER PREVIO A LA STC 183/2013.

En un comentario anterior[1] nos ocupamos de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2009 en relación con la ocupación directa según la cual su regulación por el legislador autonómico suponía una invasión de las competencias legislativas del Estado de tal modo que, sin el previo planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, procedía su inaplicación en caso de que así tuviera lugar.

Decía en efecto la sentencia, en su Fundamento de Derecho noveno, lo siguiente:

«*Seguidamente, en la sexta pretensión de la súplica de la demanda, el recurrente solicita que se anule la referencia contenida en el Plan General de Ordenación Urbana de Lucena a la ocupación directa como forma de obtención de terrenos dotacionales por ser contraria a la Disposición Derogatoria de la Ley 6/1998, y a la doctrina constitucional marcada por la sentencia del Tribunal Constitucional, de 11 de julio de 2001, ya que el artículo 21 del Plan General de Ordenación Urbana de Lucena hace referencia a la ocupación directa como forma de obtención de terrenos dotacionales cuando este modo de obtención de terrenos dotacionales no existía en nuestra legislación urbanística, pues la Disposición Derogatoria única de la Ley 6/1998, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, derogó expresamente los artículos 203 y 205 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, que establecían tal forma de obtención de terrenos, cuya regulación es atribución exclusiva del Estado por tratarse, como apuntó el Tribunal Constitucional, de una categoría equivalente a la expropiación forzosa y es solo el Estado el que está legitimado, conforme al artículo 149.1.1.ª18 de la Constitución, para establecer las garantías expropiatorias con carácter mínimo.*

A esta cuestión nada replica la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Lucena, y la representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía se limita a decir que las peculiaridades procedimentales en materia expropiatoria son competencia de las Comunidades Autónomas y que el sistema de ocupación directa, a pesar de la entrada en vigor de la Ley 6/1998, de 13 de abril, se puede seguir aplicando conforme a lo dispuesto en los artículos 53 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística.

Estos argumentos, para oponerse a la pretensión del demandante, son rechazables porque los citados preceptos del Reglamento de Gestión Urbanística hay que considerarlos derogados con la entrada en vigor de la mencionada Ley 6/1998, pero es que, además, dichos preceptos no se promulgaron en desarrollo del sistema de ocupación directa establecido en el artículo 203 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, sin que dicho sistema, en contra de lo que sostiene la Administración, sea una mera peculiaridad procedimental en materia expropiatoria, sino un auténtico y singular sistema de obtención de terrenos para dotaciones públicas, que resultó abrogado por la Disposición Derogatoria única de la Ley 6/1998, de Régimen

del Suelo y Valoraciones, la que, además, dispuso en su artículo 37 que el pago del justiprecio en las expropiaciones solo puede hacerse mediante la adjudicación de terrenos de valor equivalente cuando lo consienta el expropiado, lo que contradice el sistema que preveía el derogado artículo 203 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, razones todas por las que la sexta de las pretensiones formuladas por el recurrente en la súplica de su demanda debe prosperar».

El pronunciamiento entonces comentado era claro en el sentido de que la inexistencia de la ocupación directa en la legislación del Estado impedía que su regulación se hiciera por el legislador autonómico, siendo así que fue a favor del Estado que se definió por el Tribunal Constitucional la respectiva competencia legislativa dada su consideración como modalidad expropiatoria.

La sentencia del Tribunal Supremo representaba de este modo un aparente punto final desde el precedente del artículo 52 del Reglamento de Gestión Urbanística hasta su recepción solo temporal en la legislación estatal, su final supresión de ella y, por fin, su regulación por el legislador autonómico.

A estos efectos recogíamos entonces la evolución de la institución de la ocupación directa como modalidad expropiatoria, evolución en la que la STC 61/1997 constituía un hito fundamental que daba pleno sentido a sus vicisitudes posteriores, incluida la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 17 de marzo de 2009.

En unos términos más concisos que los entonces expuestos, tal evolución, en efecto, fue la siguiente:

a) Su antecedente más claro se corresponde, según se ha señalado ya, con la previsión contenida en el artículo 52 del Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, regulación que, como matiz diferenciador más relevante, supeditaba la ocupación de los suelos afectos a redes públicas a la circunstancia de que ya estuviera iniciado el proceso reparcelatorio, es decir, a una fase más avanzada de la que luego se estableció al regular la ocupación directa al estar supeditada a la aprobación del planeamiento que contuviera la ordenación pormenorizada. En todo caso, se trató de una regulación que pasó por alto que el artículo 113 de la Ley del Suelo de 1976 dispuso que el pago del justiprecio en las expropiaciones solo cabía por permuta con otras parcelas *de acuerdo con el expropiado,* lo cual era contradictorio con el carácter coactivo de la fórmula reglamentaria.

b) Es con la Ley 8/1990 con la que la ocupación directa recibe ya carta de naturaleza, manteniendo su regulación el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de noviembre de 1992 en su artículo 203 de modo coherente con la previsión de su artículo 217, según la cual, al margen de las expropiaciones por incumplimiento de deberes, la Administración estaba facultada para «*satisfacer el justiprecio mediante la adjudicación de terrenos equivalentes situados en la misma área de reparto que los expropiados*», no siendo, por lo tanto, necesario su consentimiento previo.

c) Con la STC 61/1997, la ocupación directa es analizada desde la perspectiva exclusivamente competencial, señalando que en ella «*es apreciable… la existencia de alguna de las notas inherentes a la estructura esencial de la potestad administrativa expropiatoria: una privación singular y coactiva de derechos patrimoniales mediante la sustitución por su equivalente económico o indemnización, y a través de un procedimiento formal*», y

que «*al asimilarse la ocupación directa a la categoría de la expropiación forzosa, el Estado se halla legitimado,* ex *artículo 149.1.18.º, para establecer ciertas garantías expropiatorias con carácter de mínimo*», lo cual suponía el reconocimiento de la atribución al legislador estatal de la potestad legislativa al efecto.

d) Reconocida la competencia a favor del Estado, lo cierto es que en la posterior Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, en virtud de su Disposición Derogatoria única queda suprimido el artículo 203 citado, derogación que, a la inversa de lo dispuesto por el legislador de 1992, fue igualmente coherente al prever que el pago del justiprecio mediante adjudicación de terrenos requería del *acuerdo con el expropiado*.

e) A partir de este momento el legislador, que afronta el desarrollo reglamentario de los aspectos registrales de la ocupación directa con el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, entra en una suerte de contradicción evidente, ya que mientras el legislador estatal podía mantener la regulación y sin embargo no lo hizo, por el contrario el autonómico, no pudiendo hacerlo, es así que todas las leyes autonómicas que han ido apareciendo desde la STC 61/1997 han incluido a la ocupación directa como un modo más de obtención de los suelos afectos a redes públicas, circunstancia que llega hasta la aparición de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, y el posterior Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo. En este último, lo singular es que efectúa algunas menciones en el artículo 35, referido a los supuestos indemnizatorios en cuanto a las circunstancias que la caracterizan, lo que tiene lugar en su letra *e)* cuando señala como uno de ellos «*la ocupación de terrenos destinados por la ordenación territorial y urbanística a dotaciones públicas, por el periodo de tiempo que medie desde la ocupación de los mismos hasta la aprobación definitiva del instrumento por el que se adjudiquen al propietario otros de valor equivalente*», regulación complementada en el párrafo siguiente respecto de la posible conversión de la ocupación en expropiación forzosa cuando la citada aprobación definitiva no hubiera tenido lugar en el plazo de cuatro años desde la ocupación. En todo caso, y esto es especialmente relevante, la anterior regulación, que parece más bien partir del presupuesto de la previsión autonómica de la ocupación directa, causa, además, de que se presente no con una sustantividad propia sino como mero reflejo en la regulación sobre responsabilidad patrimonial, no se ve acompañada de precepto alguno en el que, como ocurrió con el artículo 217 del Texto Refundido de 1992, se prevea la posibilidad de que el pago del justiprecio, mediante adjudicación de terrenos, pudiera tener lugar sin el consentimiento del expropiado. Con ello, por lo tanto, igual que ocurrió con la Ley 6/1998, de 13 de abril, la nueva Ley del Suelo del Estado prescinde de la ocupación directa como modo de obtención de los suelos dotacionales como consecuencia lógica de no ser posible el pago del justiprecio mediante la entrega de terrenos del justiprecio.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 183/2013.

El origen de la STC 183/2013 se encuentra en la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Almería en relación con el artículo 141.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía (en adelante, Ley 7/2002) por su posible contradicción con el artículo 149.1.18.ª de la Constitución, artículo en virtud del cual la competencia para el establecimiento de las garantías expropiatorias mínimas corresponde al Estado, las cuales no habrían sido respetadas por la citada regulación autonómica, de tal modo que se habría invadido un ámbito constitucional reservado a la titularidad exclusiva del Estado.

Se constata así la primera diferencia que surge con el proceder seguido en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2009 pues mientras en esta no se planteó cuestión de inconstitucionalidad accediendo a la inaplicación de la Ley autonómica al amparo de la cláusula de prevalencia del artículo 149.3 de la Constitución, por el Juzgado de Almería se consideró procedente su planteamiento[2].

En todo caso, el apartado 1 del referido artículo 141 llevaba por título el de «*obtención de terrenos destinados a dotaciones mediante ocupación directa*» y su texto era el siguiente: «*los terrenos destinados a dotaciones podrán obtenerse mediante ocupación directa a cambio del reconocimiento a su titular del derecho a integrarse en una unidad de ejecución con exceso de aprovechamiento urbanístico objetivo. La ocupación directa requerirá la determinación del aprovechamiento urbanístico que corresponda al propietario afectado y de la unidad de ejecución en la que aquel deba hacerse efectivo*».

A su vez, el acto que dio lugar al recurso contencioso-administrativo en el que fue planteada la cuestión de inconstitucionalidad se correspondió con el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Almería por el que se aprobó con carácter definitivo un expediente de ocupación directa de determinados terrenos destinados a espacios libres, acuerdo que, adoptado al amparo del artículo 141 de la Ley 7/2002, declaraba que en este último precepto no se hacía «*mención alguna a la necesidad del consentimiento por los titulares afectados, y sin que hasta la fecha el citado precepto haya sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional, por lo que entendemos que es un precepto totalmente legítimo y eficaz*». Justamente este último aspecto, el referido a la necesidad o no del consentimiento del titular del suelo objeto de ocupación directa, fue el que determinó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el Juzgado de Almería, fundándose las dudas respectivas en que, con base en las SSTC 61/1997 y 164/2001, la ocupación directa sería una categoría asimilable a la expropiación forzosa entre cuyas garantías mínimas se encontraba la que el legislador estatal impuso en el artículo 37 de la Ley del Suelo de 1998, según la cual el pago de la indemnización en especie únicamente cabría si mediara consentimiento del expropiado, lo cual era contrario a que por el legislador autonómico se dispusiera de modo coactivo, lo que supondría, en los términos ya señalados, una invasión del ámbito constitucional reservado a la titularidad exclusiva del Estado.

La STC 183/2013, dado que las dudas sobre la constitucionalidad del precepto tratado se sitúan en el contexto de las STC 61/1997 y 164/2001, parte de la doctrina en ellas sentada sobre la ocupación directa y las garantías que contemplaba el artículo 37 de la Ley del Suelo de 1998, recordando al efecto lo expresado en la primera de ellas en el sentido de que en la institución en cuestión «*predomina la configuración de una singular modalidad expropiatoria*» en la que tiene lugar «*una*

transmisión coactiva de la titularidad dominical», lo que determina que «*no nos hallamos en presencia de una simple técnica de gestión urbanística arbitrada por el legislador estatal, sino ante una determinación legal para habilitar una modalidad expropiatoria, como alternativa a la expropiación, cuya aplicación y regulación procedimental queda en manos del legislador autonómico*». A estos efectos recuerda la STC 183/2013 comentada, citando de nuevo la STC 61/1997, que «*al asimilarse la ocupación directa a la categoría de la expropiación forzosa, el Estado se halla legitimado,* ex *artículo 149.1.18, para establecer ciertas garantías expropiatorias con carácter mínimo, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas puedan instrumentar las normas específicas del procedimiento que sean proporcionadas a la singularidad de la clase de expropiación de que se trate*».

A su vez, en cuanto se refiere al concreto asunto del consentimiento del titular del suelo ocupado, la STC 183/2013 vuelve de nuevo a la STC 61/1997 para destacar que la Ley del Suelo de 1998 recuperó el requisito del consentimiento del expropiado para recibir el justiprecio mediante la adjudicación de terrenos, el cual había sido eliminado por el artículo 217 del Texto Refundido de 1992, de tal manera que «*con consentimiento del expropiado el pago en especie podrá satisfacerse con cualquier objeto; sin consentimiento del expropiado solo es posible el pago en dinero*». Al respecto, la STC 148/2012, en relación con el artículo 30.1 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, afirma que «*lo que el Estado está regulando es una garantía para el expropiado que consiste en que el pago del justiprecio será en dinero, salvo que concurra su consentimiento para que se proceda a un pago en especie*».

A partir de todo ello y anticipando ya la aportación propia que viene a realizar en el debate sobre la regulación de la ocupación directa y el reconocimiento de la respectiva potestad legislativa, destaca la STC 183/2013 dos conclusiones, a saber: «*La primera es que el Estado es competente* ex *artículo 149.1.18.ª CE para establecer las garantías mínimas que son aplicables en el caso de que se haga uso de la ocupación directa como mecanismo para la obtención de terrenos destinados a dotaciones públicas. La segunda es que la específica garantía consistente en la necesidad de acuerdo con el afectado para el pago en especie, solamente la hemos considerado en relación específicamente con la expropiación forzosa, entendiéndola incluida dentro de la competencia estatal en relación con la legislación expropiatoria*».

A lo anterior sigue inevitablemente la inmediata y previsible afirmación que realiza la STC 183/2013 según la cual y aunque relacionadas entre sí, «*la ocupación directa y la expropiación forzosa son instituciones distintas*», lo que va seguido de la sorprendente afirmación fundamentada en la STC 61/1997, que, no se olvide, declaró la constitucionalidad de la regulación de la ocupación directa como expresión de la potestad legislativa del Estado, de que «*al Estado no le corresponde prever la ocupación directa, pues en su vertiente de técnica de gestión urbanística, solo las Comunidades Autónomas son competentes para decidir si esta ha de formar o no parte de su modelo urbanístico, es decir, si la contemplan o no en su legislación específica*», afirmación que de modo no menos paradójico se hace compatible con la sucesiva difícilmente conciliable con ella de que en esta última legislación habrán de respetarse en todo caso «*las garantías expropiatorias (que) con carácter de mínimo*» establezca el legislador estatal.

La STC 183/2013, aun reconociendo que al Estado corresponde el establecimiento de las citadas *garantías expropiatorias mínimas,* así como la condición de la ocupación directa y la expropiación forzosa como instituciones *inescindiblemente relacionadas entre sí,* da un paso más cuando aísla como garantías exclusivas impuestas por el legislador estatal al autonómico en materia de ocupación

directa las consistentes, por un lado, en el derecho a cobrar una indemnización por ocupación temporal y, por otro, la facultad atribuida al propietario de instar la expropiación forzosa de sus terrenos si no le fueran entregados en plazo determinado los de resultado que le correspondiesen en virtud de la tramitación del correspondiente procedimiento reparcelatorio. De ello se desprende que solo en el caso de hacer uso de la citada facultad sería exigible el consentimiento del propietario de suelo pues en tal supuesto se habría salido del molde de la ocupación directa y se estaría, *strictu sensu,* en el marco de un procedimiento expropiatorio con su consiguiente régimen de garantías propio y distinto del previsto para la ocupación directa.

Ante todo ello concluye la STC 183/2013 con los siguientes términos determinantes de su final pronunciamiento desestimatorio de la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del artículo 144.1 de la Ley 7/2002: «*En suma, cabe entender que, cuando el precepto cuestionado establece que los terrenos destinados a dotaciones "podrán obtenerse mediante su ocupación directa a cambio del reconocimiento a su titular del derecho a integrarse en una unidad de ejecución con exceso de aprovechamiento urbanístico objetivo", está refiriéndose a los rasgos esenciales de la ocupación directa, mientras que, en su segundo párrafo, se limita a enunciar dos garantías formales que no contradicen las expresamente previstas en la regulación estatal, tanto la aplicable en el momento de plantearse la cuestión [art. 204 del Texto Refundido de 1992* (RCL *1992/1468 y* RCL *1993/485)] como la actualmente vigente [art. 35.*e) *del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008], todo lo cual es coherente con un esquema de garantías mínimas estatales aplicables a la ocupación directa, al que antes ya nos hemos referido, y determina que no sea posible apreciar el motivo de inconstitucionalidad aducido por el órgano judicial*».

III. CONSIDERACIÓN FINAL SOBRE LA STC 183/2013 Y LOS EFECTOS REGISTRALES DEL RECONOCIMIENTO FINAL DE LA REGULACIÓN DE LA OCUPACIÓN DIRECTA COMO COMPETENCIA PROPIA DEL LEGISLADOR AUTONÓMICO

Aunque la STC 183/2013 presenta su doctrina como el capítulo final de un relato iniciado por la STC 61/1997, en la que encontraría fundamento y con la que llegaría a un pronunciamiento plenamente coherente, según entendemos es lo cierto sin embargo que representa un claro cambio de posición, de tal modo que solo muy forzadamente cabe una lectura que sostenga una línea de continuidad entre ambas sentencias.

En este sentido, más allá de la interpretación final que se desprende de la STC 183/2013 sobre la ocupación directa y el respectivo reconocimiento de la titularidad de la potestad legislativa a las Comunidades Autónomas, interpretación que en sí misma muestra una coherencia interna indudable, vincular tal interpretación con la doctrina sentada por la STC 61/1997 no se presenta ya tan claramente como lo revelan al menos tres circunstancias que saltan de modo inmediato a la vista.

Así, en primer lugar, no parece del todo razonable que se afirme la condición de la ocupación directa como modalidad expropiatoria, se atribuya después al Estado la competencia para fijar las garantías mínimas de una institución de tal naturaleza y se proclame finalmente la inescindible relación existente con la expropiación forzosa, para luego independizar de modo pleno las garantías de una y otra institución cuando ambas participan de un elemento común esencial

como lo es su carácter coactivo, admitiendo la inexigibilidad del consentimiento del propietario en el caso de la ocupación directa y exigiéndola en el caso de la expropiación.

En segundo lugar, si como dijo la STC 61/1997, la ocupación directa «*no constituye una simple técnica de gestión urbanística arbitrada por el legislador estatal, sino (ante) una determinación legal para habilitar una modalidad expropiatoria*», al trasladar al ámbito competencial de las Comunidades Autónomas su regulación lo que viene a hacer la STC 183/2013 es atribuir la condición de técnica de mera gestión urbanística a una institución a la que la STC 61/1997 se la había negado previamente.

Por fin, y quizá sea esta la pirueta que más sorpresa cause y, a la vez, el testimonio más evidente de la ruptura que representa la STC 183/2013 respecto de la doctrina sentada por la STC 61/1997, tal conclusión se desprende de la afirmación de que «*al Estado no le corresponde prever la ocupación directa*», lo cual no se compadece con la declaración de constitucionalidad en esta última de la regulación sobre la ocupación directa contenida en la Ley del Suelo de 1992. Y es que mientras en la STC 61/1997 la regulación de la ocupación directa se atribuye al Estado, en la STC 183/2013 se reconoce a favor de las Comunidades Autónomas, lo cual, por sí solo, representa un evidente cambio que determinará igualmente entender superada la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2009[3].

Por lo demás, ha de señalarse que, dejando de lado su oposición con la STC 61/1997, la nueva doctrina sobre la ocupación directa sentada por la STC 183/2013 permite anticipar la declaración de constitucionalidad de la Ley del Suelo de 2008, pues en ella no se contiene una regulación específica sobre la ocupación directa, lo que, en contra de la STC 61/1997, pasa a ser monopolio del legislador autonómico, pero sí se recogen las que identifica como garantías mínimas a favor del propietario de suelo. Así aparece recogido en el artículo 35.*e)* al contemplar a su favor la indemnización por ocupación temporal por el tiempo que medie entre la ocupación de los terrenos y la aprobación del instrumento en el que se contemple la adjudicación de los suelos de resultado en compensación por los ocupados, y, a su vez, al prever la posibilidad a instancia del propietario de conversión de la potestad expropiatoria en obligación de la Administración cuando, por el transcurso de cuatro años desde la ocupación, no se hubiera aprobado el correspondiente instrumento reparcelatorio. Así habrá de tener lugar toda vez que la previsión sobre el pago de la indemnización en la expropiación forzosa en el anterior artículo 30.1 según la cual «*si hay acuerdo con el expropiado se podrá satisfacer en especie*», operaría, como revela la STC 183/2013, para los procedimientos expropiatorios, no, por lo tanto, para aquellos otros en los que se actuara bajo el modelo de la ocupación directa, y ello pese a su carácter coactivo.

En razón de ello, frente a la posición esgrimida en el anterior comentario a la vista de la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 2009, y la propia doctrina del Tribunal Constitucional en su STC 61/1997, posición según la cual la regulación reglamentaria registral sobre la ocupación directa contenida en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, carecería de cobertura en la legislación estatal, la STC 183/2013 exige su reconsideración en el sentido de admitir la plena suficiencia de la legislación autonómica, aun reconociendo que el Real Decreto desarrolló una norma estatal y que podría darse el caso, no concurrente en la actualidad, de que no hubiera una adecuación entre las previsiones autonómicas sobre la ocupación directa y el régimen registral.

IV. CONCLUSIONES

I. La STC 183/2013 representa una clara ruptura de la doctrina que sobre la ocupación directa y el reconocimiento sobre la potestad legislativa en orden a su regulación respectiva quedó recogida en la STC 61/1997.

II. Así, en efecto, mientras la STC 61/1997 salvó de la declaración de inconstitucionalidad por razones de orden competencial, la regulación que sobre la ocupación directa contempló la Ley del Suelo de 1992, lo cual tuvo lugar reconociendo la respectiva potestad legislativa a favor del Estado en virtud de la naturaleza expropiatoria de la que participaba tal modo de obtención de los suelos afectos a redes públicas, la STC 183/2013 afirma que «*al Estado no le corresponde prever la ocupación directa*».

III. No siendo por lo tanto competente el Estado para prever la ocupación directa, sino, por lo tanto, las Comunidades Autónomas, a aquel tan solo le queda regular las garantías mínimas del propietario de suelo, las cuales se ciñen, en los términos que hoy aparecen previstos en la Ley del Suelo de 2008, a la regulación, por un lado, de una indemnización por ocupación temporal por el tiempo que medie entre la ocupación de los terrenos y la aprobación del correspondiente instrumento reparcelatorio, y, por otro, a la posibilidad de que, a instancia del propietario y por el transcurso de un plazo de cuatro años desde la ocupación de los terrenos, la potestad expropiatoria se convierta en una obligación de la Administración.

IV. Por todo ello, en fin, se hace necesario dar por superada no solo la doctrina señalada de la STC 61/1997, sino también la sentada a su amparo por el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de marzo de 2009 según la cual procedía la inaplicación de la legislación autonómica que regulara la ocupación directa, lo cual, por lo demás, repercute igualmente en el mantenimiento de la regulación reglamentaria de orden registral que sobre la ocupación directa recogió el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por entender la suficiencia de la legislación autonómica sobre la materia y, con ello, la superación del vacío que, en otro caso, habría representado la ausencia de la ocupación directa en la legislación estatal.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC de 20 de abril de 1997.
- STC de 23 de octubre de 2013.
- STS de 19 de marzo de 2009.
- STS de 27 de febrero de 2014.
- STSJM de 26 de abril de 2011.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Laso Baeza, V.: «La ausencia de la ocupación directa en la legislación del Estado y sus consecuencias sobre su inscripción en el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 726, págs. 2398-2407.

NOTAS

[1] Laso Baeza, V., «La ausencia de la ocupación directa en la legislación del Estado y sus consecuencias sobre su inscripción en el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 726, págs. 2398-2407.

[2] A este respecto resulta de interés la cita de la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de febrero de 2014, dictada en el recurso de casación número 5116/2011, relativo al Plan de Ordenación Municipal de Toledo y la circunstancia de que en su procedimiento de tramitación no se hubiera reiterado el trámite de información pública pese a haberse introducido modificaciones sustanciales a raíz de las alegaciones presentadas en el único periodo al efecto seguido, sentencia en la que se inaplicó el artículo 36.2.*a)* del Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre de 2004, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha por oponerse al artículo 6.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones. En la sentencia, en efecto, sobre la concreta cuestión relativa a la procedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en el caso de existir una oposición entre la legislación estatal y la autonómica, se señaló lo siguiente: «*La sentencia que se recurre en casación, aplicando la doctrina expuesta en nuestra sentencia de 9 de diciembre de 2008* (RJ *2009/458) (recurso de casación núm. 7459/2004), entiende que el artículo 36.2.*a) *del Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre de 2004* (LCLM *2005/13), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, no puede ser aplicada porque se opone a lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril* (RCL *1998/959), sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones, que es norma de carácter básico, ex Disposición Final única de dicha ley.*

El punto de partida de la argumentación del recurso para combatir la sentencia se sitúa en la consideración de que la interpretación de la sentencia de la Sala de Instancia, y la de este Tribunal en que se apoya, es manifiestamente errónea por contraria al sistema de fuentes al dejar de aplicar la norma legal autonómica, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, ex *artículo 163 de la Constitución* (RCL *1978/2836), lo que supone la conculcación del orden competencial aplicable al ámbito sectorial del urbanismo concretamente dimanante de los artículos 148.1.3.ª y 31.1.2.ª del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha* (RCL *1982/2169)* .

SEGUNDO. Esta Sala había formado criterio al respecto en las sentencias de 9 de diciembre de 2008 (RJ *2009/458) (recurso de casación núm. 7459/2004) —que cita y en la que se apoya la sentencia recurrida— y de 28 de junio de 2012* (RJ *2012/8457) (recurso de casación núm. 3013/2010), que versaban sobre idéntica cuestión. Como hemos recordado en nuestra reciente sentencia de 25 de septiembre de 2013* (RJ *2013/6521) (recurso de casación 6557/2011) el criterio en ellas expresado ha sido matizado en Auto de 30 de abril de 2013, al resolver el incidente de nulidad de actuaciones deducido por la representación procesal de la Administración de la Comunidad Valenciana en el recurso de casación número 3013 de 2010, en el que se instaba precisamente la nulidad de nuestra sentencia de 28 de junio de 2012* (RJ *2012/8457) por razones sustancialmente iguales a las que ahora se esgrimen. Por ello, esta Sala va a mantener la solución adoptada en la sentencia de 25 de septiembre de 2013* (RJ *2013/6521) que, a su vez, seguía el establecido en el Auto de 30 de abril de 2013* (PROV *2013/216202), resolviendo el incidente de nulidad de actuaciones deducido en el recurso de casación 3013 de 2010, cuyos argumentos fueron también reiterados en la sentencia de 13 de mayo de 2013* (RJ *2013/6703) (recurso de casación 3400/2009). Decíamos en el Fundamento Jurídico quinto de esta última sentencia, que traslada literalmente el contenido del Auto indicado, y repetimos ahora lo siguiente: "[...] A la vista de las declaraciones de la sentencia del Tribunal Constitucional 187/2012, de 29 de octubre* (RTC *2012/187), nos planteamos la posibilidad de revisar nuestra doctrina. Esa sentencia del Tribunal Constitucional ha otorgado el amparo solicitado por la Generalidad de Cataluña porque en nuestra sentencia de 14 de octubre de 2009* (RJ *2010/1072) (recurso de casación 5988/2005), sin el previo planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, consideramos inaplicable la Disposición Transitoria cuarta, apartado sexto, de la Ley 10/2004, de 24 de diciembre* (LCAT *2004/692), de modificación de la Ley 2/2002, de 14 de marzo* (LCAT *2002/206, 359 y 518), de Urbanismo de Cataluña. El Tribunal Constitucional anula nuestra sentencia indicada con el argumento principal de que este Tribunal Supremo, para dirimir los conflictos o contradicciones que puedan producirse entre la*

legislación estatal y la de las Comunidades Autónomas, no puede inaplicar una ley autonómica por contradicción con la Ley Estatal, de acuerdo con la cláusula de prevalencia contemplada en el artículo 149.3 de la Constitución (RCL *1978/2836), sino que, para esos supuestos, ha de acudirse al Tribunal Constitucional planteando la cuestión de inconstitucionalidad prevista en los artículos 163 de la Constitución y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (RCL *1979/2383)". Esta Sala, como no podía ser de otro modo, siendo respetuosa con la doctrina del Tribunal Constitucional, ha matizado sus razonamientos en los términos expresados en el Auto de 30 de abril de 2013* (PROV *2013/216202), al resolver el incidente de nulidad de actuaciones deducido en recurso de casación 3013 de 2010, en el que se insta la nulidad de nuestra sentencia de 28 de junio de 2012* (RJ *2012/8457). En dicho Auto, cuya argumentación vamos a reiterar, hicimos repaso sobre la doctrina relativa al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad contenida en las sentencias 163/1995, de 8 de noviembre* (RTC *1995/163); 173/2002, de 9 de octubre* (RTC *2002/173); 58/2004, de 19 de abril* (RTC *2004/58); 66/2011, de 16 de mayo* (RTC *2011/66) y 187/2012, de 29 de octubre* (RTC *2012/187). En el Fundamento Jurídico 7 de esta última, el Tribunal Constitucional declara que: "la sentencia impugnada realizó un juicio previo de selección de la norma jurídica aplicable al caso de autos que, de acuerdo con la doctrina constitucional, corresponde realizar al órgano judicial como cuestión de legalidad ordinaria". Esto es, no parece plantearse reparo sobre la operación, genuinamente jurisdiccional, de seleccionar la norma aplicable (la relevante); en aquel caso cuando procedió a aplicar el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre* (RCL *1992/2512, 2775 y* RCL *1993/246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y no la Disposición Transitoria cuarta, apartado sexto, de la Ley del Parlamento de Cataluña 2/2002, de 14 de marzo* (LCAT *2002/206, 359/518), de Urbanismo, en la redacción dada por la Ley 10/2004, de 24 de diciembre* (LCAT *2004/692). Así lo confirma la propia sentencia del Tribunal Constitucional cuando añade que: "forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial por mandato de la propia Constitución* (RCL *1978/2836) (art. 117.3), la de seleccionar la norma jurídica aplicable al caso concreto de entre las varias posibles, su interpretación y la subsunción en ellas de los hechos ... [SSTC 76/1995, de 22 de mayo* (RTC *1995/76), FJ 5; 173/2002, de 9 de octubre* (RTC *2002/173), FJ 10; y 58/2004, de 19 de abril* (RTC *2004/58), FJ 14]. En consecuencia, ninguna tacha de constitucionalidad podría merecer la determinación de la norma aplicable al caso por el juez ordinario...". No obstante, recordada tal doctrina, el otorgamiento del amparo se va a fundamentar —en concreto— en los "efectos que esa operación tiene en el caso de autos"; efectos que son analizados a continuación, insistiéndose en que son solo los efectos producidos en el "caso concreto" los que obligan al otorgamiento del amparo, como consecuencia de haberse procedido por el Tribunal Supremo, se insiste, en este caso concreto, a "la selección de la norma jurídica aplicable al caso de autos, es decir, el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre* (RCL *1992/2512, 2775 y* RCL *1993/246)". Partiendo de lo anterior, en el Fundamento Jurídico sexto de nuestro Auto de 30 de abril de 2013* (PROV *2013/216202) (incidente de nulidad de actuaciones del recurso de casación 3013/2010), hemos realizado las siguientes declaraciones plenamente trasladables al caso que ahora nos ocupa:*

"SEXTO. [...] Pues bien, en el supuesto de autos, cuando hemos procedido a la selección de la norma estatal determinante de la nulidad del planeamiento impugnado, hemos seleccionado una norma estatal básica perteneciente al 'procedimiento administrativo común' [149.1.18 de la CE (RCL *1978/2836)], que, además, cuenta con el respaldo del artículo 105 del mismo texto constitucional. No se trata, pues, solo, de seleccionar una norma estatal desplazando la autonómica, sino de aplicar directamente el precepto constitucional de referencia. Por ello, entendemos que, en el supuesto de autos, inaplicado el aludido precepto autonómico —como lo inaplicó previamente la Sala de instancia— hemos realizado la única interpretación posible del mismo acorde con la Constitución y con el resto de los preceptos del ordenamiento jurídico relativos a la audiencia de los interesados en el procedimiento administrativo, y, en consecuencia, hemos llevado a cabo, por tanto, una auténtica interpretación sistemática e integradora en el sentido ya expuesto en los fundamentos jurídicos de las sentencias, ajustada al artículo 5.3 de la LOPJ* (RCL *1985/1578 y 2635), y, en modo alguno vulneradora de los derechos fundamentales invocados por la recurrente"».*

[3] Del mismo modo ha de entenderse superada la doctrina mantenida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia de 26 de abril de 2011, la cual decía: «*ciertamente que las Comunidades Autónomas están capacitadas competencialmente para regular la ocupación directa como modalidad expropiatoria, a partir de sus potestades en materia de urbanismo. Ahora bien, en dicha regulación vendrán obligadas a respetar las garantías procedimentales generales que haya fijado el Estado, y entre ellas, en lo que ahora nos ocupa, el necesario consentimiento del expropiado, por imponerlo así el ya citado artículo 37 de la Ley 6/1998. De esta forma, la validez de la ocupación directa queda subordinada a la voluntad del propietario expropiado*».

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA

Los días 10 y 11 de junio de 2014 se celebraron en Sevilla, en la sede del Decanato Territorial de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, las JORNADAS CONCURSALES: *ÉXITO Y FRACASO DEL CONCURSO.*

Martes 10:

Inauguración: D. Juan José Pretel Serrano, Decano territorial de Andalucía Occidental.

Ponencias:

— «Artículo 5 bis de la Ley Concursal», por don Ricardo Astorga Morano, Abogado, Socio de Montero-Aramburu.
— «Aspectos judiciales del convenio», por don Javier Carretero Espinosa de los Monteros, Magistrado-Juez en comisión de servicios en el Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Sevilla.
— «Visión práctica del convenio por un administrador concursal», por don Manuel Domínguez Platas, Abogado. Administrador concursal.
— «El mediador concursal. El convenio de acreedores y el Registro Mercantil», por don Juan Ignacio Madrid Alonso, Registrador de la Propiedad y Mercantil de Sevilla.

Coloquio:

Moderador: Don Juan José Jurado Jurado, Registrador de la Propiedad y Mercantil de Sevilla.

Miércoles 11:

— «Aspectos judiciales de la liquidación», por don Pedro MÁRQUEZ RUBIO, Magistrado-Juez en comisión de servicios en el Juzgado de lo Mercantil, número 2 de Sevilla.
— «La liquidación y el Registro Mercantil», por don Manuel GALÁN ORTEGA, Registrador Mercantil de Córdoba.
— «Relación del Registro de la Propiedad con el concurso», por don Eduardo FERNÁNDEZ ESTEVAN, Registrador de la Propiedad.
— «Visión práctica de la liquidación por un administrador concursal», por don Manuel BERMUDO VALERO, Abogado, Administrador concursal, Bufete BQ.

Coloquio:

Moderador: Don Juan Ignacio MADRID ALONSO, Registrador de la Propiedad y Mercantil de Sevilla.

MADRID

Los días 16 y 17 de junio de 2014 se celebraron las JORNADAS: *LA REFORMA DE LA LEY HIPOTECARIA EN BASES GRÁFICAS Y EXPEDIENTES* en el Salón de Actos de los Registros de la Propiedad de Madrid.

Lunes 16 de junio:

— «Identificación gráfica de fincas registrales y principios hipotecarios en el APL», por don Óscar VÁZQUEZ ASENJO, Presidente de la Comisión de Bases Gráficas Registrales de CORPME y Registrador de Lloret de Mar.
— «La coordinación entre bases gráficas registrales y catastrales en el APL», por don Gabriel GRAGERA IBÁÑEZ, Registrador de Nules.
— «La información asociada a la base gráfica registral en el APL», por don Víctor J. PRADO GASCÓ, Presidente de la Comisión de Medio Ambiente de CORPME y Registrador de Torredembarra.

Mesa redonda:

Moderador: Pedro FANDOS PONS, Vocal del Servicio de Bases Gráficas Registrales de CORPME y Registrador de Dolores.

Intervienen:

— Jorge BLANCO URZÁIZ, Vocal del Servicio de Coordinación de Oficinas Liquidadoras de CORPME y Registrador de Icod de los Vinos.

— Luis Javier Arrieta Sevilla, Doctor en Derecho y Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Navarra.
— Elena Sánchez Jordán, Profesora de Derecho Civil de la Universidad de La Laguna (Tenerife).
— Antonio Jiménez Clar. Notario de Jávea (Alicante) y profesor de Derecho Civil de la Universidad de Alicante.

Martes, 17 de junio:

— «Concordancia del Registro e inmatriculación: Aspectos generales. El expediente de dominio», por don Fernando Martínez Martínez, Registrador de Algeciras.
— «El deslinde de fincas inscritas, rectificación descriptiva y privilegio de las Administraciones Públicas», por don Eduardo Fernández Estevan. Registrador de Sevilla.
— «La doble inmatriculación, liberación de cargas extinguidas y la inscripción de nuevas plantaciones, obras e instalaciones», por don Rafael Arnáiz Ramos. Registrador de Barcelona.

Mesa redonda: *Análisis global de la reforma en cuanto a los expedientes registrales.*

Moderador: Juan Sarmiento Ramos, Registrador de Getafe.

Intervienen:

— Fernando García-Delgado García, Abogado, Presidente del Consejo de la Abogacía de Castilla y León.
— Antonio García Martínez, Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.
— Ernesto Casado Rodríguez, Secretario coordinador provincial de Salamanca. Miembro de la ejecutiva nacional del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales.
— Javier Sánchez García, Procurador de los Tribunales, Vicepresidente del Consejo General de Procuradores de España y Decano del Colegio de Procuradores de A Coruña.

* * *

El día 6 de junio de 2014, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *UNA PROPUESTA DE FEDERALIZACIÓN.*

Moderador:

Francisco RUBIO LLORENTE, Catedrático Emérito de Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid.

Presentación:

Pere NAVARRO, Primer Secretario del PSC.

Ponencias:

— «Del Estado de las Autonomías al Estado Federal», por don Joaquín TORNOS MAS, Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Barcelona.
— «Las instituciones del Estado Federal», por don Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma de Madrid.
— «La división de competencias», por don Francesc DE CARRERAS SERRA, Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma de Barcelona.
— «Modelo económico y financiación», por don Francisco CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia. Secretario General del PSOE de La Coruña.

VALENCIA

El Colegio de Registradores y la Universidad de Valencia COLABORAN PARA *LA DIFUSIÓN DEL DERECHO REGISTRAL.*

Don Gonzalo AGUILERA ANEGÓN, Decano del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, y Esteban MORCILLO SÁNCHEZ, Rector de la Universidad de Valencia, han firmado un convenio de colaboración para el desarrollo de actividades de formación, divulgación científica y asesoramiento técnico. Con este convenio, la Universidad de Valencia, a través del Departamento de Derecho Civil, realizará trabajos consistentes en la investigación y el estudio de los aspectos jurídicos relativos al Derecho y las nuevas tecnologías.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

CASAS PLANES, M.ª Dolores: *La responsabilidad civil del empresario derivada de accidentes laborales: en especial por acoso moral o* mobbing *(Novedades de La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social)*. Prólogo de Miquel MARTÍN CASALS, Ediciones Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2013, 168 págs.

por

M.ª FERNANDA MORETÓN SANZ
Profesora del Departamento de Derecho Civil UNED
Grupo de investigación consolidado «Protección civil de la persona»

La monografía *in comento*, desde el momento inicial gracias a las citas incluidas con carácter previo a su contenido, proporciona las claves del análisis de las conductas dañosas por accidentes laborales que, en su caso, pueden traer aparejada la responsabilidad civil del empresario. Al tiempo, la cuidadosa elección temática y su desarrollo, da buena cuenta del carácter y temperamento de la profesora CASAS PLANES, incansable investigadora y docente universitaria, capaz de abordar distintas líneas de trabajo, sin que la dificultad y dureza del fondo técnico le impida mantener su objetividad científica. Sin pretensiones de exhaustividad, baste mencionar alguno de sus trabajos publicados en nuestro panorama editorial: «Antecedentes históricos de la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz, y la de sus guardadores: estudio comparativo de su criterio de imputación», en *ADC*, 61, 1, 2008, págs. 147-207; «Reflexión acerca del daño moral al enfermo psíquico derivado de actuaciones judiciales y del funcionamiento anormal de la Administración Pública (Propuesta de *lege ferenda*)», en *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía,* 2, 2007, págs. 1854-1864; «Contribución de la víctima a la producción del daño: análisis jurisprudencial del supuesto de la víctima menor de edad e incapaz», en *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, 52, 2007, págs. 5-22; «La reparación y la responsabilidad civil *ex delicto* en la LO 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor de edad, modificada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre», en *Revista de Derecho Privado*, 91, 4, 2007, págs. 33-62; «La responsabilidad civil derivada del acto dañoso penalmente tipificado cometido por el menor de edad», en *Revista de Estudios Jurídicos*, 3, 2000, págs. 81-118; «Estudio de la responsabilidad civil personal de las autoridades, funcionarios y agentes de la Administración Pública: referencia a la responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor José González García*, 2012, págs. 269-296; «Notas sobre el internamiento de los mayores en hospitales y residencias geriátricas», en *Derecho y familia en*

el siglo XXI: el Derecho de Familia ante los grandes retos del siglo XXI, vol. 2, 2011, págs. 1089-1100.

Y sobre la mencionada cita y declaración de intenciones a la que nos hemos referido en el párrafo anterior, dice así: «No caigamos en la tentación de creer que la legislación y los decretos jurídicos solo juegan un papel menor en la solución de estos problemas. La moralidad no puede dibujarse en forma de ley, pero la conducta puede ser regulada, los decretos jurídicos no pueden cambiar los corazones de los hombres, pero pueden moderar a los sin-razón (…). Los hábitos de la gente, ya que no sus corazones, han cambiado y siguen haciéndolo a diario por actos legislativos, decisiones judiciales y medidas administrativas» *(Martin Luther King, 1929-1968, La fuerza de amar,* ed. La voz de los sin voz).

La estructura y sistemática elegida se ventila en cuatro capítulos. En particular, el primero de ellos delimita el objeto de estudio y aporta datos y cuantifica la siniestralidad laboral: «la red de expertos europea señala con preocupación que (…) las afecciones psicosociales, el *mobbing* y el estrés aparecen como riesgos laborales en crecimiento en los centros de trabajo. En este sentido, la Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo (2001-2339-INI, de 20 de septiembre de 2001) hacía referencia expresa a la importancia del fenómeno reflejando los datos de la encuesta realizada a 21.500 trabajadores de la Fundación Europea para la mejora de la calidad de vida de trabajo, y denunciando que un 8 por 100 de los empleados de la Unión Europea había sido víctima de acoso moral. Más recientemente, el Documento de la Comisión Europea sobre una Estrategia Comunitaria en Seguridad y Salud para los años 2007-2012, mencionaba en varias ocasiones como uno de los riesgos emergentes, el acoso moral».

En este sentido, un accidente laboral puede producirse como consecuencia de la vulneración por el empresario de las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo reguladas por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de los Riesgos Laborales. Dicha conculcación jurídica, si provoca un accidente laboral, origina una responsabilidad civil y la obligación de indemnizar al trabajador del daño sufrido.

En el segundo de los capítulos se da buena cuenta del cambio del criterio de la culpa. Así «el hecho es que la disparidad de criterios jurisprudenciales que se ha expuesto en el recorrido anterior ha provocado una inseguridad jurídica contraria a la justicia, y ha impedido la formación de una doctrina jurisprudencial única, uniforme y estable sobre las responsabilidades derivadas de un accidente de trabajo. Hasta la reforma acometida por el legislador en el 2011, demandantes y demandados han carecido de pautas para decidir ante qué jurisdicción presentar sus reclamaciones».

En su virtud, la autora estima que al margen de la solución que se adopte, esta debe partir de la naturaleza jurídico-civil de la pretensión analizada, ya provenga de la vulneración del principio *alterum non laedere* o de la de una obligación contractual. Afirma por ello que: «parece mesurado afirmar que, dado que la normativa que se infringe normalmente, la seguridad y salud en el trabajo tiene claramente una sede normativa laboral, el Tribunal competente más lógico para conocer sería del orden de lo Social, aunque este aplicara la normativa civil (art. 1101 CC)». Por tanto, «el criterio residenciado en el nuevo artículo 96.2 LRJS 2011 de la presunción de culpa del empresario en el incumplimiento de las medidas de seguridad existentes en el momento de producción de un accidente, al rezar que en los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderán a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción

de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. Incluso, en términos de la STS de 30 de octubre de 2012, pero como pronunciamiento *obiter dictum,* se puede desprender una agravación en la diligencia debida por el empresario en el cumplimiento de su obligación empresarial de seguridad y salud, lo que desde la jurisdicción civil se ha venido calificando de objetivización de la culpa».

En cuanto al capítulo 3, sobre la compatibilidad de la responsabilidad civil y las prestaciones laborales por accidente laboral (o enfermedad profesional), la autora concluye que el Derecho español ha consagrado la llamada «teoría de la compatibilidad» entre las indemnizaciones. Y en el capítulo 4 en el punto sobre el acoso moral o *mobbing,* sostiene que en puridad, «no existe un concepto unívoco, jurídicamente relevante, relativo a la conducta de *mobbing* o acoso moral; siendo significativo, por otra parte, que siga sin tener un referente normativo específico, pese a que, desde siempre, ha sido un arma en manos del empresario, a fin de lograr la dimisión de determinados trabajadores, y de cuya práctica, en un porcentaje cada vez más preocupante, dejan constancia los medios de comunicación. Se mantiene así la paradoja por la cual se ha regulado con anterioridad la especie, el acoso sexual, que el género, el acoso moral —STSJ de Madrid, de 14 de mayo de 2007 y 16 de mayo de 2007—».

En este punto, la autora advierte que: «Si bien ninguno de los conceptos que nos ofrecen las directivas sirven para configurar el concepto de acoso psicológico, porque este deriva directamente del derecho a la dignidad de la persona y tiene por ello una vertiente estrictamente individual que es sensiblemente diferente de estos acosos causales descritos por las directivas».

Es evidente que el supuesto de hecho controvertido, reclama de una protección jurídica eficaz y, por ello, la profesora Casas Planes no duda en afirmar que: «Deberían regularse de modo expreso y específico mecanismos de defensa preventivos frente al acoso moral, y no solamente derivar dicha cuestión, bien a la técnica de la responsabilidad social y corporativa de la empresa, o bien, a la negociación colectiva. Si bien, a pesar de la deficiencia expuesta, en la actualidad lo que es cierto, a pesar de no ser muy utilizada en la práctica, es la posible vinculación del acoso psicológico a la *normativa general de prevención de riesgos laborales (obligación del empresario a evaluar dichos riesgos y prevenirlos),* dado que es doctrina pacífica que el acoso que se produce en la relación laboral debe ser considerado como un riesgo profesional de tipo psicosocial».

Son múltiples las soluciones jurisdiccionales en función de la pretensión deducida por la parte demandante, así si la víctima interpone la demanda ante la Jurisdicción Social, la víctima podrá instar la extinción contractual por su propia voluntad con derecho a la indemnización correspondiente a un despido improcedente. De modo que «es interesante destacar la novedad que ha supuesto que la jurisprudencia haya llegado a admitir la posibilidad de que en estos procesos extintivos se reconozca, además de la indemnización extintiva, una indemnización compensatoria por los daños aparejados al acoso; lo que ha traído como consecuencia, que no tenga demasiado sentido para la víctima la reclamación de la indemnización ante la jurisdicción civil ordinaria. Sin embargo, la indemnización quedaría abierta para los casos en los que el acoso no proviniera de la relación contractual (por el sujeto acosador, o por la naturaleza del acoso)».

En cuanto a la vía de la tutela de los derechos fundamentales, la autora subraya la reforma de las normas procesales por LRJS 2011 en lo que respecta a la legitimación pasiva, «pues el nuevo artículo 179.4 establece explícitamente, a diferencia de la ausencia de referencia alguna en su predecesor, que la legitimación

pasiva existe tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario. De esta forma se superan las resoluciones judiciales y opiniones doctrinales contrarias a que el orden social conozca de las demandas de acoso en el trabajo cuando el sujeto activo sea otro trabajador; e incluso, que la responsabilidad que nace para la empresa tenga su acomodo en la responsabilidad contractual, y no en la extracontractual por hecho ajeno *ex* artículo 1903.4 del Código Civil. En definitiva, estamos ante una responsabilidad del empresario directa por hecho propio. Y en lo relativo a la legitimación pasiva del trabajador que realiza el acoso, habría, igualmente que resaltar, por una parte, que según lo expuesto en el párrafo anterior con la reforma de la norma procesal en 2011 *ex* artículo 177.1 y 4 LRJS, se solventa la duda de que sea la jurisdicción social la competente, dado que hasta ahora la jurisdicción civil se ha venido atribuyendo competencia en dichos casos, residiendo su sede normativa en la responsabilidad civil extracontractual por hecho propio *ex* artículo 1902 del Código Civil, en base a que la normativa de procedimiento laboral no preveía el conocimiento de este tipo de pleitos (…)».

A modo de conclusión recapituladora, la autora sostiene que «tras la reforma legislativa que significó la LOI de 2007, se despejó cualquier duda sobre la compatibilidad entre la indemnización reparadora de la lesión de un acto discriminatorio o cualquier otro derecho fundamental con las que puedan generarse como consecuencia de la modificación o extinción de su contrato conforme a la normativa establecida en el ET. De tal modo que la reforma de los artículos 27.2 y 180.1 LPL positiviza claramente que la indemnización por daños y perjuicios será compatible con la que procediera por la modificación o extinción del contrato. Incluso, de un modo más completo, el nuevo artículo 183.3 LRJS, establece la compatibilidad no solo respecto a la prestación tasada por extinción del contrato, sino respecto a otros supuestos o prestaciones establecidos en el ET como en otras normas laborales (pudiéndose referir a las prestaciones derivadas de accidentes laborales sentado que ya es jurisprudencia pacífica la que afirma que un acoso moral puede llegar a ser accidente laboral, con las consecuencias legales previstas para ello; e incluso en los procesos por despido discriminatorio)».

En definitiva, la obra se convierte en un referente en la materia, dada su oportunidad jurídica y su riguroso tratamiento técnico, donde ventila los aspectos relativos a las distintas jurisdicciones en contraste, aportando en su desarrollo nuevas propuestas, adicionalmente a los datos, hechos, doctrina científica y jurisprudencia dictada por las distintas salas de nuestro Tribunal Supremo.

FERRANTE, Alfredo: Open price *y compraventa.* Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, 294 págs.

por

M.ª FERNANDA MORETÓN SANZ
Departamento de Derecho Civil UNED

Sabido es que, entre los elementos esenciales del contrato de compraventa, el precio resulta uno de sus presupuestos básicos, de modo tal que es necesaria su determinación. Sin embargo, y dada la influencia cada vez mayor del *common law,* el sistema de *open price contract* es de aplicación más habitual. Este sistema

otorga plena validez y eficacia jurídicas al contrato celebrado con un precio no determinado ni determinable.

Dado el extremo recién expuesto sobre el precio, es precisa la remisión a unos criterios que contribuyan a su fijación, y lo cierto es que dicho reenvío incorpora perfiles técnicos relativamente imprecisos al contenido contractual. Por todo ello, la Obra del profesor FERRANTE tiene la virtud de abordar el análisis doctrinal y práctico de la mencionada determinación o determinabilidad del precio de compra remitido a ciertos criterios acordados por las partes, por un árbitro o, de forma unilateral, por uno de los contratantes.

En este sentido, tanto la noción como el perfil de indeterminabilidad e indeterminación del precio, bien podría ser considerados como equivalente, cuando, en puridad y desde una perspectiva jurídica estricta, la pretendida sinonimia no deja de ser una mera apariencia. Como acertadamente subraya el autor, la determinabilidad «se realiza en un momento sucesivo a la celebración del contrato mediante criterios establecidos en este (cfr. arts. 1447, 1448 y 1450 CC). En cambio, cuando se habla de determinación del precio, la temática se relaciona más bien con la interpretación del contrato, de sus cláusulas y del régimen probatorio que las partes deben aportar».

En el desarrollo de la obra son expuestas las tres vías manejadas para la concreción del precio: la adopción del precio razonable, el valor de mercado o el precio generalmente practicado. El autor nos advierte que el «concepto de precio razonable podría asociarse a un valor de mercado, pero no puede existir asociación automática entre estos dos valores, lo que corrobora la jurisprudencia. El precio razonable puede también tener en consideración el vínculo existente entre las partes o los usos comerciales, según un criterio más bien subjetivo, o el precio justo. Por otro lado, a pesar de que el valor de mercado puede influenciar la fijación del precio de compra —ya que depende esencialmente del valor del bien entendido como valor venal— estos dos elementos no pueden asociarse automáticamente en aras de la autonomía contractual y también por cuestiones relacionadas con el *pretio vilari facti*, en el caso del ordenamiento español. Finalmente otro criterio de referencia a la hora de aplicar un precio cuando no esté determinado es la remisión al precio generalmente practicado por el vendedor, aspecto que puede relacionarse también con los usos y prácticas comerciales».

Los anteriores aspectos fundamentales son analizados de forma minuciosa e inteligente en la obra, estructurada en una primera parte sobre el Derecho español para, en la segunda, dedicar un encomiable esfuerzo en el estudio del derecho anglosajón y comparado.

Así, el primer capítulo lleva por título «La fijación del precio: determinación y determinabilidad», parte en la que se abordan, a su vez, hasta once aspectos: I. La certeza del precio. II. Determinabilidad del precio y tendencial cambio de papel en el sistema continental. III. Indeterminación e indeterminabilidad del precio. IV. La fijación del precio: determinación y determinabilidad. V. La determinabilidad del precio con referencia a una «cosa cierta». VI. La referencia a «cosa cierta» en relación con un criterio determinado. VII. La fijación del precio por medio de arbitradores. VIII. La determinación del precio por el arbitrio de una parte. IX. La determinación unilateral del precio en los contratos de distribución y de tracto sucesivo: la influencia francesa. X. La determinación del precio público y su interacción en la reducción del precio. XI. Autonomía contractual y fijación del precio *versus* disgregación del concepto de precio justo.

En cuanto al precio como elemento no esencial y el sistema del *open price,* es el objeto del segundo capítulo, parte en la que el profesor FERRANTE se centra en

el análisis sobre los tipos y criterios de determinabilidad del precio; la diferencia entre el precio razonable y precio de mercado.

Asimismo, se ocupa del tercer criterio de *open price:* el precio habitualmente practicado por el vendedor. La determinación unilateral del precio por uno de los contratantes. Las limitaciones objetivas del *open price contract*. *Open price* y limitaciones relacionadas con la naturaleza del bien y limitaciones relacionadas con la reducción del precio. Por último, plantea la posibilidad de un *open price system* en España, en particular, *open price* y contratos con obligación de tracto sucesivo. La determinación unilateral del precio en los contratos de tracto sucesivo, en particular en los contratos de suministro y distribución. *Open price* y contratos con obligación de *facere,* específicamente, en los contratos de mandato, arrendamiento de servicios y obra. Concluye esta segunda parte con el sistema de *open price* y el tradicional, en el entendido de que, a su juicio, son dos caras de la misma moneda pero con un diferente papel del juez.

Gracias a la anterior estructura, resulta fácilmente inteligible el debate en torno al concepto de precio razonable asociado a un precio de mercado. Asevera el autor que, por lo que respecta a la identificación con este último «debe constatarse que los dos precios, aunque puedan coincidir, son diferentes. No puede existir asociación automática entre estos dos valores, lo que corroboran, por ejemplo, tanto la jurisprudencia como la circunstancia de que estos dos baremos figuran como criterios diferentes y autónomos en el artículo 5.1.7 de los Principios UNIDROIT».

Por su parte, este precio razonable puede también tener en consideración el vínculo existente entre las partes o los usos comerciales, según un criterio más bien subjetivo, o el precio justo. Pese a ello, y a juicio del autor: «Reconducir el precio al criterio de precio razonable no puede aceptarse, dado que los ordenamientos o no expresan claramente qué debe entenderse por precio razonable u ofrecen varios criterios de referencia contradictorios, sin establecer una clara jerarquía entre ellos. Por ello, en algunos casos, no haber definido, mediante una disposición específica, lo que debe entenderse por razonable en relación con el precio, aplicándose en cambio una disposición de carácter general, crea un sistema con incongruencias (v.gr., en los *Principles of European Contract Law*). De esto deriva la imposibilidad de tomar como referencia de determinabilidad un término tan ambiguo e insatisfactorio: los criterios relativos al precio razonable son demasiado vagos, o son antitéticos, o son insuficientes a la hora de fijar cánones precisos. La indeterminación intrínseca del criterio de *lo razonable* fomenta el recurso automático al juez para resolver el conflicto y por eso debe rechazarse. Tampoco el precio de mercado puede asumirse como criterio válido de determinación del precio. Más que de precio de mercado debe hablarse de valor de mercado del bien, aspecto este más relacionable con una visión económica que jurídica».

Un tercer criterio de referencia a la hora de aplicar un precio cuando no esté determinado es la remisión al precio generalmente practicado por el vendedor. A pesar de la inaceptabilidad en términos generales del sistema de *open price* en relación con el contrato de compraventa, este es el mejor criterio adoptable. No obstante, tendrá limitaciones objetivas en sistemas generales por lo que respecta a las compraventas con consumidor. Otra limitación se aprecia en el caso de que la compraventa del objeto vendido no puede efectuarse con habitualidad y frecuencia.

El anterior argumentario, sirve al profesor Ferrante para sostenter que «el sistema de *open price* en la compraventa no puede aceptarse, ya que sufre li-

mitaciones tanto objetivas como específicas. Por lo que concierne a aspectos específicos, son evidentes las incongruencias entre los artículos 14 y 55 de la Convención de Viena; el análisis jurisprudencial manifiesta un favor hacia la primera disposición, que retoma la concepción romano-francesa. El sistema de *open price* además es imposible en la compraventa con consumidores, ya que la normativa comunitaria exige en estos casos que el precio sea determinado o determinable; por ello, es inaceptable la apertura de un sistema de *open price* a cualquier tipo de compraventa, como se ha delineado por el *Draft Common Frame of Reference* o la Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos. En las ventas con consumidores es necesaria no solamente la indicación del precio completo, sino también del precio por unidad de medida, ya que su falta podría conllevar ineficiencias en una óptica de competencia perfecta y menoscabos para el comprador, llevándolo a engaño a la hora de comprar un producto que por su presentación parece más barato de lo que objetivamente es».

Por tanto y con el autor, hemos de afirmar que es necesario regular mediante disposiciones específicas, la determinación del precio según estas se apliquen al contrato de compraventa o a los demás contratos; en su defecto, el acuerdo estaría afectado de incongruencias e inconsistencias, dada la particularidad del primer tipo de contrato: «Si se quisiera ofrecer el criterio del precio razonable, deberá proporcionarse una definición específica de qué debe entenderse como razonable con respecto al precio, y otra que defina lo razonable con carácter más general y aplicable a las otras disposiciones en que se hable de lo razonable en relación con los plazos».

En resumidas cuentas, y como ya ha acreditado con otras publicaciones, el profesor FERRANTE evidencia que es un consumado investigador que ha abordado distintas materias de forma rigurosa y académica, como también hace en esta obra en la que ahora se comenta y del análisis técnico reseñado en las anteriores líneas, el autor concluye con pruebas, jurisprudencia y doctrina, el difícil encaje que esta formulación del elemento esencial del precio en el contrato de compraventa tiene en el sistema continental.

NORMAS DE PUBLICACIÓN DE LA REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las nuevas normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por otras importantes bases de datos del ISI (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el Journal Citation Reports (JCR), se establecen como obligatorias las siguientes normas de publicación de trabajos en la *RCDI.*

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

1.1. Autoría

— Todos los trabajos que se presenten para publicar en *RCDI* deberán contener los siguientes datos:

- Nombre y dos apellidos autor/es.
- Grado académico o situación profesional del autor/es.
- Dirección y filiación institucional completa del autor/es (puesto, institución/empresa, dirección postal completa, y teléfono).
- Correo electrónico del autor/es.

1.2. Encabezamiento

— Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, que deberá reflejar fielmente el contenido del artículo, en español y en inglés.
- A continuación, se recogerá la autoría conforme a lo explicado en el 1.1.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Resumen del artículo en inglés *(abstract).*
- Palabras clave en inglés *(key words).*

1.3. Extensión

— Los ESTUDIOS tendrán una extensión de 25 a 40 folios.
— Los DICTÁMENES y NOTAS, de 10 a 25 folios.

— Los ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES, de 10 a 20 folios.
— Las RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra

— Tratamiento de texto: Word.
— Tipo de letra: Times New Roman, Tamaño: 12 p., Interlineado: sencillo (sin negritas ni subrayados).
— Las notas irán en Times New Roman, tamaño 10, interlineado sencillo.

1.5. Estructura del trabajo

Además del encabezado, todos deberán contener un SUMARIO al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

I.
II. 1.
III. 1. A.
IV. 1. A. a)
V. 1. A. a) a')

— El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano:

I. ....
II. ....
III. ...

— Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas o no siempre en conexión con el tema, que deberán citarse con el esquema siguiente:

Por ejemplo, STS de 22 de octubre de 2002.

— Por último contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para las citas y para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: Publication Manual of the American Psychological Association, disponibles en www.apastyle.org.

— *Libro:*
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

Ejemplo: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario.* Madrid: Marcial Pons.

— *Capítulo de Libro:*
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial nombre y apellido (ed./dir./coord.), Título del libro. Ciudad: Editorial (página inicial y final).

Ejemplo: PARRA JIMÉNEZ, M.ª Á. (2000). «Comentario al artículo 211». En: J. Rams Albesa (coord.), *Comentario al Código Civil,* Tomo II, Vol. 2.º Barcelona: Bosch (págs. 1764-1790).

— *Artículo:*
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, número de la revista, páginas inicial y final.

Ejemplo: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). «Los alimentos debidos a la viuda encinta». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, págs. 373-401.

— *Documento electrónico:*
Además de lo indicado anteriormente, según sea libro o artículo, debe indicarse [en línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

Ejemplo: GÓMEZ POMAR, F. (2001). «Carga de la prueba y responsabilidad objetiva». *InDret* [en línea], núm. 40, disponible en http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139

— Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

  • Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma (autor, año de publicación y página). La cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

    Ejemplo: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente…

— Tanto las citas con referencia bibliográfica como las citas que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo correlativamente enumeradas, y no en la página en que corresponda insertar la cita.

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.